

الكافي

في فقه الإمام أحمد بن حنبل

تأليف

شيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي

حققه وخرج أحاديثه

أبو إدريس محمد بن عبد الفتاح

الجزء الثانى

دار العقيدة

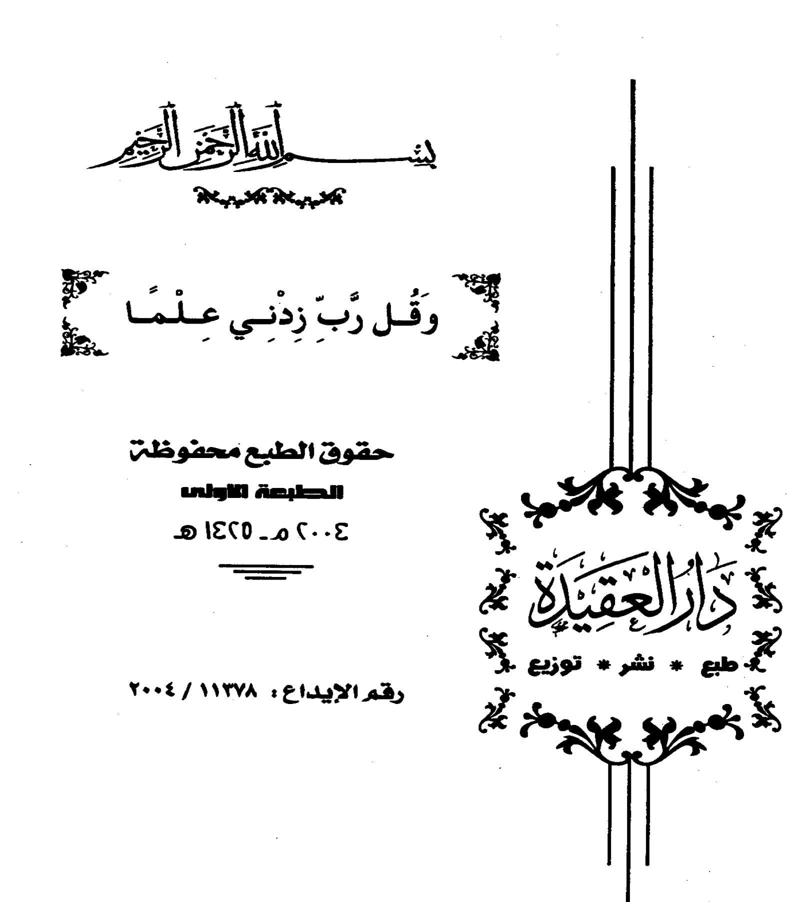
بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾

الطبعة الأولى

٢٠٠٤ م - ١٤٢٥ هـ

رقم الإيداع : ١١٣٧٨ / ٢٠٠٤



دار العقيدة

الإسكندرية: ١٠١ ش الفتح باكوس ت: ٠٣/٥٧٤٧٣٢١ ف: ٠٣/٥٧٦٥٦٢١

القاهــرة : ٣ درب الأتراك - خلف الجامع الأزهرت : ٠٠٢٠٢/٥١٤٣١٧٤

كتاب البيوع

البيع حلال، لقول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وهو نوعان: أحدهما- الإيجاب والقبول، فيقول البائع: بعتك، أو ملكتك، أو لفظ بمعناهما، ثم يقول المشترى: ابتعت، أو قبلت، أو نحوهما، فإن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضى، فقال: ابتعت هذا منك بكذا، فقال: بعتك، صح، لأن المعنى حاصل، فأشبه التعبير بلفظ آخر، وإن تقدم بلفظ الطلب، فقال: بعنى، فقال: بعتك، صح، لأنه تضمن القبول، أشبه لفظ الماضى، وعنه: لا يصح، لأنه لو تأخر عن الإيجاب، لم يصح، فلم يصح متقدماً، كلفظ الاستفهام. وإن أتى بلفظ الاستفهام، فقال: أبعتنى ثوبك؟ فقال: بعتك، لم يصح متقدماً، ولا متأخراً، لأنه ليس بقبول ولا استدعاء.

الثانى- المعاطاة، مثل أن يقول: أعطنى بهذا خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه فيصح، لأن الشرع ورد بالبيع، وعلق عليه أحكاماً، ولم يعين له لفظاً، فعلم أنه ردهم إلى ما تعارفوه بينهم بيعاً، والناس فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك. وحكى عن القاضى: أنه يصح فى الأشياء اليسيرة دون الكثيرة، لأن العرف إنما جرى به فى اليسير. والحكم فى الهبة والهدية والصدقة، كالحكم فى البيع فى ذلك لاستواء الجميع فى ذلك.

فصل: ويشترط له الرضا، لقول الله تعالى: ﴿ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]. إلا فيما يجب، فإن أكره على بيع غير واجب، لم يصح لعدم الرضا المشترط، وإن أكره على بيع واجب، صح، لأنه قول حمل عليه بحق، فصح كإسلام المرتد. ولا يصح من غير عاقل، كالطفل، والمجنون،

والسكران، والنائم، والمُبَرسم [١]، لأنه قول يعتبر له الرضى، فلم يصح من غير عاقل كالإقرار.

* * *

باب
ما يجوز بيعه وما لا يجوز

كل عين مملوكة يباح نفعها واقتناؤها من غير ضرورة يجوز بيعها، كالمأكول والمشروب، والملبوس، والمركوب، والعقار، والعبيد، والإماء، لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وقد اشترى النبي ﷺ من جابر بعيراً [٢]، ومن أعرابي فرساً [٣]. ووكل عروة بن الجعد في شراء شاة [٤]، وباع مدبراً [٥] وحلساً وقدحاً [٦]، وأقر أصحابه على بيع هذه الأعيان وشرائها. ويجوز بيع دود القز وبزره[٧] لأنه منتفع به،

---

(١) قال عياض: البِرْسَام مرض معروف، وورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي. (المبدع).

(٢) رواه البخاري [٢٧١٨]، ومسلم [٧١٥]، والنسائي (٢٦١/٧)، ورواه أبو داود [٣٥٠٥]، والترمذي [١٢٥٣]، وأحمد (٢٩٩/٣) مختصراً، كلهم من حديث جابر ﷺ.

(٣) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٦٠٧]، والنسائي (٢٦٥/٧)، وأحمد (٢١٥/٥)، والحاكم (١٧/٢) من حديث عمارة بن خزيمة عن عمه ﷺ ، وإسناده رجاله ثقات على شرط الشيخين، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وعم عمارة بن خزيمة هو عمارة بن ثابت، أخو خزيمة، كما في الإصابة (٦٦/٧).

(٤) سيأتي تخريجه إن شاء الله (١٨/٢).

(٥) رواه البخاري [٢٢٣١]، وابن ماجه [٢٥١٢] من حديث جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ باع المدبر. وعن جابر ﷺ أن رجلاً أعتق غلاماً عن دبر ـ الحديث. رواه البخاري [٢١٤١]، ومسلم [٩٩٧]، وأبو داود [٣٩٥٥]، والترمذي [١٢١٩]، والنسائي (٢٦٧/٧)، وابن ماجه [٢٥١٣]، وأحمد (٢٩٤/٣).

(٦) سيأتي تخريجه إن شاء الله (٢١/٢).

(٧) البزور: الحبوب الصغار، يقال: بزرت الحب وبذرته (بالزاي والذال)، وقولهم لبيض الدود ـ الشرنقة ـ =

وبيع النحل فى كواراته [١] ومنفرداً عنها إذا رؤى وعلم قدره، وبيع الطير الذى يقصد صوته كالهزار، والبلبل، والببغة، لأنه يشتمل على منفعة مباحة، أشبه الأنعام. ويجوز بيع الهر، وسباع البهائم، وجوارح الطير التى تصلح للصيد، كالفهد والبازى ونحوهما غير الكلب فى إحدى الروايتين، وهى اختيار الخرقى، والأخرى- لا يجوز. وقال أبو بكر وابن أبى موسى: لا يجوز بيعها لنجاستها، فأشبهت الكلب، والأول أصح، لأنه حيوان أبيح نفعه واقتناؤه من غير وعيد فى حبسه، فجاز بيعه، كالحمار، وبهذا يبطل ما ذكراه. ويجوز بيع الجحش الصغير، والفهد الصغير، وفرخ البازى، لأنه يصير إلى حال تنفع، فأشبه طفل العبيد. وأما ما ينفع من بيض الطير لمصيره فرخاً فهو كفرخه، لأن مآله إلى النفع، وقال القاضى: لا يجوز بيعه، لعدم نفعه فى الحال. قال أحمد: أكره بيع القرد، قال ابن عقيل: هذا محمول على بيعه للإطافة به واللعب، فأما بيعه لحفظ المتاع فيجوز، لأنه منتفع به. وقال أحمد: أكره بيع لبن الآدميات، فيحتمل التحريم، لأنه مائع خارج من آدمية، أشبه العرق، ويحتمل كراهية التنزيه، لأنه طاهر منتفع به، أشبه لبن الشاة.

فصل : ويجوز بيع العبد المرتد، لأنه مملوك منتفع به، وخشية هلاكه لا تمنع بيعه كالمريض، فإن علم المشترى حاله، فلا شىء له، لأنه رضى بعيبه، وإن لم يعلم فله الرد أو الأرش، قتل أو أسلم، كالمعيب. ويصح بيع العبد الجانى عمداً أو خطأً على النفس أو ما دونها، لأنه حق تعلق برقبته غير متحتم، فأشبه القتل بالردة، فإن كانت الجناية موجبة للقصاص، فهى كالردة، وإن كانت موجبة للمال، فهو على السيد، لأنه رضى بالتزام ما عليه، فإن كان معسراً، فللمجنى عليه رقبة العبد، إن شاء فسخ العقد ورجع به، وإن شاء رجع على البائع بالأرش. وإن كان قاتلاً فى المحاربة، فكذلك فى قول بعض أصحابنا، لأنه ينتفع به إلى قتله، ويعتقه فيجر ولاء ولده، فصح

= بزر القزّ مجاز على التشبيه ببزر البقل، لأنه ينبت منه الدود كما ينبت البقل من بزره. (المصباح المنير، واللسان).

(١) بضم الكاف وتشديد الواو خلية النحل أو المكان الذى يُعَسِّل فيه، وقيل: الكوارة من الطين، والخلية من الخشب، ولا فرق بينهما فى جواز البيع. والجمع كوّارات. (المبدع).

بيعه كالزَّمِن [(١)]، وحكمه حكم المرتد، وقال القاضي: لا يصح بيعه، لأنه متحتم القتل، فلا منفعة فيه، فأشبه الميت.

فصل: وفي بيع رِبَاع [(٢)] مكة وإجارتها روايتان: إحداهما- يجوز، لأن عمر رضي الله عنه اشترى من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف [(٣)]، واشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة [(٤)]، ولأنها أرض حية لم ترد عليها صدقة محرمة، فجاز بيعها كغيرها. والثانية- لا يجوز، لأنها فتحت عنوة، ولم تقسم بين الغانمين، فصارت وقفاً على المسلمين، فحرم بيعها كسواد العراق [(٥)]. والدليل على فتحها عَنْوَة قول النبي ﷺ: «إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنما أحلت لي ساعة من نهار» [(٦)]. متفق عليه. وقالت أم هانئ: يا رسول الله إني

---

(١) هو المريض مرضاً يدوم زماناً طويلاً. (المصباح المنير)

(٢) جمع ربع بفتح الراء، أي الدار والمنزل. (المصباح المنير).

(٣) **صحيح**. رواه البخاري تعليقاً في الخصومات باب الربط والحبس في الحرم، ووصله البيهقي (٣٤/٦) من طريق ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن فروخ قال: اشترى نافع بن الحارث من صفوان بن أمية ـ الحديث، ورواه عبد الرزاق [٩٢١٣] عن ابن جريج عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ قال: قد ابتاع عمر بن الخطاب دار السجن بأربعة آلاف دينار.
ورجاله ثقات سوى ابن فروخ فإنه مقبول كما في «التقريب».
واحتج به الإمام أحمد كما قال ابن المنذر (المجموع ـ ٤٠٨/٩)، وصححه ابن حزم في «المحلى» (٣٧٣/٨).

(٤) **حسن**. رواه البيهقي (٣٥/٦) من طريق محمد بن الأزهر عن المفضل بن عدنان الغلابي، عن الزبيري قال: باع حكيم بن حزام ـ الحديث، وإسناده معضل، الزبيري إن كان الزبير بن بكار كما قال النووي في «المجموع» (٢٩٩/٩) فهو ثقة إلا أنه من صغار العاشرة مات سنة (٢٥٦ هـ) كما في «التقريب»، وإن كان مصعب بن عبد الله بن مصعب بن ثابت الزبيري فهو صدوق إلا أنه من العاشرة مات سنة (٢٣٦ هـ) كما في «التقريب».
والحديث رواه الطبراني في «الكبير» [٣٠٧٢، ٣٠٧٣] من طريقين، أحدهما إسناده حسن كما قال الهيثمي في «المجمع» (٣٨٤/٩)، والحديث بمجموع طرقه يرتقي إلى درجة الحسن.

(٥) مكان بالعراق افتتحه المسلمون على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسمي بذلك لسواده بالزروع والنخيل والأشجار، وهم يسمون الأخضر سواداً والسواد أخضراً. (معجم البلدان).

(٦) رواه البخاري [١١٢]، ومسلم [١٣٥٥] وأبو داود [٢٠١٧]، والنسائي في الكبرى[٥٨٥٥]، وأحمد (٢٣٨/٢)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفي الباب من حديث ابن عباس، وأبي شريح الكعبي رضي الله عنهم.

أجرت حموين لى، فزعم ابن أمى على أنه قاتلهما، فقال النبى ﷺ : «قد أجرت من أجرت» [1] حديث صحيح. وقتل ابن خطل [2] ومِقْيَس بن صبَابة [3] ، ولو فتحت صلحاً لم يجز قتل أهلها.

فصل: ولا يجوز بيع أرض الشام، وسواد العراق، ونحوهما مما فتح عنوة، لأن عمر رضي الله عنه وقفه على المسلمين [4] ، وأقره فى يد أربابه بالخراج الذى ضربه يكون أجرة له فى كل عام، ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها، وقد اشتهر ذلك فى قصص نقلت عنه، وعن أحمد: أنه كره بيعها، لأنه يأخذ ثمن الوقف، وأجاز شراءها، لأنه كالاستنقاذ لها، فجاز كشراء الأسير، وتجوز إجارتها، لأنها مستأجرة فى يد أربابها، وإجارة المستأجر جائزة، فأما المساكن فى المدائن، فيجوز بيعها، لأن الصحابة رضي الله عنهم اقتطعوا الخِطَط [5] فى الكوفة والبصرة فى زمن عمر رضي الله عنه ، وبنوها مساكن، وتبايعوها من غير نكير فكان إجماعاً.

---

(١) رواه البخارى [٣٥٧]، ومسلم فى كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب استحباب صلاة الضحى [٣٣٦]، وأبو داود [٢٧٦٣]، وأحمد (٣٤٢/٦).

(٢) سبق تخريجه (٤٦٢/١)، وهو حديث دخول النبى ﷺ مكة يوم الفتح وعلى رأسه المغفر، وفيه: فلما نزعه جاءه رجل فقال: ابن خطل متعلق بأستار الكعبة. فقال: «اقتلوه».

(٣) **صحيح**. رواه النسائى (٩٧/٧)، وأبو يعلى [٧٥٧]، والطحاوى فى «شرح المعانى» (٣٣٠/٣)، ورواه أبو داود [٢٦٨٣]، والحاكم (٤٥/٣)، والبيهقى (٤٠/٧) مختصراً. كلهم من طريق أحمد ابن المفضل، عن أسباط بن نصر قال: زعم السدى، عن مصعب بن سعد، عن أبيه قال: لما كان يوم فتح مكة أمن رسول الله ﷺ -الحديث، وفيه أحمد ابن المفضل وهو صدوق فى حفظه شىء، وأسباط وهو صدوق كثير الخطأ يغرب، والسدى وهو صدوق يهم كما فى «التقريب». ويشهد له ما رواه أبو داود [٢٦٨٤] من طريق عمرو بن عثمان بن عبد الرحمن بن سعيد المخزومى عن جده، عن أبيه، به. ورجاله كلهم ثقات سوى عمرو فإنه مقبول كما فى التقريب وذكره ابن حبان فى «الثقات» (١٧٩/٧)، والحديث صحيح بمجموع طرقه وشواهده، وصححه الحاكم ووافقه الذهبى.

(٤) رواه البخارى [٤٢٣٥] من حديث عمر رضي الله عنه قال: أما والذى نفسى بيده لولا أن أترك آخر الناس ببَّاناً ليس لهم شىء، ما فتحت علىّ قرية إلا قسمتها كما قسم النبى ﷺ خيبر، ولكنى أتركها خزانة لهم يقتسمونها. ورواه أبو داود [٣٠٢٠]، وأحمد (٤٠/١) مختصراً. قال الحافظ فى «الفتح» (٢٢٤/٦): فيما يتعلق بالأرض خاصة فوقفها على المسلمين وضرب عليها الخراج الذى يجمع مصلحتهم. اهـ. وقوله فى الحديث: ببَّاناً أى المعدوم الذى لا شىء له. (الفتح - ٤٩٠/٧).

(٥) جمع خِطَّة وهى أرض يقتطعها الرجل لعمارتها. (المصباح المنير).

فصل: قال أحمد: لا أعلم في بيع المصحف رخصة، ورخص في شرائه، وقال: هو أهون، وذلك لأن عمر وابن عباس وأبا موسى رضي الله عنهم كرهوا بيعه [(١)]، ولأنه يشتمل على كلام الله عز وجل، فيجب صونه عن الابتذال، والشراء أسهل، لأنه استنقاذ له فلم يكره كشراء الأسير. وقال أبو الخطاب: يجوز بيعها مع الكراهة، وفي شرائها وإبدالها روايتان، فإن بيعت لكافر، لم يصح، رواية واحدة، لأن النبي ﷺ نهى عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم [(٢)]، فلم يجز تمليكهم إياه، وتمكينهم منه، ولأنه يمنع من استدامة ملكه، فمنع ابتداءه، كنكاح المسلمة.

فصل: ولا يجوز بيع الخمر والميتة، والخنزير والأصنام. لما روى جابر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام»** [(٣)] متفق عليه. ولا يجوز بيع ما لا نفع فيه، كالحشرات، وسباع البهائم والطير التي لا يصاد بها، وما لا يؤكل من الطير، ولا بيضه، لأنه لا نفع فيها، فأشبهت الخنزير. ولا يجوز بيع الحر، لأن النبي ﷺ قال: **«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة»**، ذكر منهم **«رجلاً باع حراً، فأكل ثمنه»** [(٤)]. متفق عليه. ولا يجوز بيع ما ليس بمملوك، كالمباحات قبل حيازتها، لأنها غير مملوكة أشبهت الحر. ولا يجوز بيع الدم، ولا السرجين [(٥)] النجس، لأنه مجمع على نجاسته وتحريمه، أشبه الميتة. ولا

---

(١) **إسناده صحيح.** رواه ابن أبي شيبة (٦٢/٦) عن وكيع، عن سفيان، عن سالم، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: وددت أني رأيت الأيدي تقطع في بيع المصاحف». وهذا إسناد صحيح على شرط البخاري. وسالم هو ابن عجلان ثقة من رجال البخاري كما في «التقريب»، وباقي الإسناد على شرطهما، وروى ابن أبي شيبة (٦٣/٦) عن وكيع، عن سعيد، عن قتادة، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: اشترها ولا تبعها، وإسناده على شرطهما، وسعيد هو ابن أبي عروبة ثقة وكان من أثبت الناس في قتادة ولم أعثر على طريق أبي موسى رضي الله عنه.

(٢) رواه البخاري [٢٩٩٠]، ومسلم [١٨٦٩]، وأبو داود [٢٦١٠]، وابن ماجه [٢٨٧٩]، وأحمد (٧/٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) رواه البخاري [٢٢٣٦]، ومسلم [١٥٨١]، وأبو داود [٣٤٨٦]، والترمذي [١٢٩٧]، والنسائي (٢٧٢/٧)، وأحمد (٣٢٤/٣).

(٤) رواه البخاري [٢٢٢٧]، وابن ماجه [٢٤٤٢]، وأحمد (٣٥٨/٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) هو الزِّبْل، وهي كلمة أعجمية أصلها سركين. (المصباح المنير).

يجوز بيع شحم الميتة، لأنه منها، وفى حديث جابر قيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة، فإنه يدهن بها الجلود، ويطلى بها السفن، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام» [(١)] . متفق عليه. وما نجس من الأدهان كالزيت، فظاهر المذهب تحريم بيعها قياساً على شحم الميتة، لقول رسول الله ﷺ : «إن الله إذا حرم شيئاً، حرم ثمنه» [(٢)]، وعنه: يباع لكافر ويعلم بحاله، لأنه يعتقد حله. وفى جواز الاستصباح بها روايتان : إحداهما– لا يجوز، لأنه دهن نجس، أشبه شحم الميتة.

والثانية – يجوز، لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر، أشبه الانتفاع بالجلد اليابس. قال أبو الخطاب: ويتخرج على جواز الاستصباح بها، جواز بيعها. قال القاضى: لا تطهر بالغسل، لأنه لا يتأتى فيها العصر، ويتخرج أنها تطهر بصبها فى ماء كثير، ثم تترك حتى تطفو فتؤخذ، والعصر إنما يعتبر فيما يتأتى العصر فيه، بدليل الخشب والأحجار، اختاره أبو الخطاب. فأما غير الأدهان كالخل، واللبن، فلا يطهر، وجهاً واحداً.

فصل : ولا يجوز بيع الكلب، وإن كان معلماً، لما روى أبو مسعود الأنصارى ﷺ ، أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، وقال: «ثمن الكلب خبيث» [(٣)] متفق عليه.

---

(١) سبق تخريجه قبل هذا بحديثين.

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٤٨٨]، وأحمد (٢٤٧/١) بلفظ: «إذا حرم أكل شىء»، ورواه أحمد (٣٢٢/١) بلفظ: «إذا حرم على قوم شيئاً»، ورواه ابن حبان [٤٩٣٨] بلفظ المصنف، كلهم من طريق خالد الحذاء، عن بركة أبى الوليد، عن ابن عباس ﷺ مرفوعًا، وأوله: «قاتل الله اليهود نهوا عن أكل الشحم فباعوه فأكلوا ثمنه» ــ الحديث. وإسناده صحيح رجاله رجال الصحيح غير بركة وهو ثقة كما فى «التقريب»، وصححه ابن عبد البر فى «التمهيد» (٤٠١/١٧).

(٣) رواه مسلم [١٥٦٨]، وأبو داود [٣٤٢١]، والترمذى [١٢٧٥]، وأحمد (٤٦٤/٣) بهذا اللفظ من حديث رافع بن خديج ﷺ .
وأما حديث أبى مسعود الأنصارى ﷺ فقد رواه البخارى [٢٢٣٧]، ومسلم [١٥٦٧]، وأبو داود [٣٤٢٨]، والترمذى [١١٣٣]، والنسائى (١٦٧/٧)، وابن ماجه [٢١٥٩]، وأحمد (١١٨/٤)، بلفظ: أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغى، وحلوان الكاهن.

ولا غرم على قاتله، لأنه لا قيمة له، وقد أساء من قتل كلباً يباح اقتناؤه. ولا يباح إلا اقتناء كلب لصيد، أو حفظ ماشية، أو حرث، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: **«من اقتنى كلباً إلا كلب ماشية، أو صيد، أو زرع، نقص من أجره كل يوم قيراط»** [١] متفق عليه. ويجوز تربية الجرو الصغير لذلك، لأنه قصد به ما يباح، فيأخذ حكمه، كالجحش الصغير، ولأنه لو لم يقتن غير المعلم، لم يمكن تعليمه، فيتعذر اقتناء المعلم، وفيه وجه آخر: لا يجوز اقتناؤه، لأنه ليس من الثلاثة، فإن اقتنى كلب الصيد، من لا يصيد به جاز، للحديث. وفيه وجه أنه لا يجوز، لأنه اقتناه لغير حاجة، أشبه من اقتناه للماشية، ولا ماشية له.

فصل: ولا يجوز بيع المعدوم، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر. [٢] رواه مسلم، وبيع المعدوم بيع الغرر، ولأن تحريم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، تنبيه على تحريم بيعها قبل وجودها، ولا يجوز بيع الثمرة قبل خلقتها، ولا بيع الماء العدُّ [٣] الذى له مادة، كماء العيون والآبار، لأنه بيع لما يتجدد، وهو فى الحال معدوم.

فصل: ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه، كالطير فى الهواء، والسمك فى الماء، والعبد الآبق، والجمل الشارد، والفرس العائر [٤]، والمغصوب في يد الغاصب، لحديث أبى هريرة رضي الله عنه. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: لا تشتروا السمك فى الماء، فإنه غرر [٥].

---

(١) رواه البخارى [٣٣٢٤]، ومسلم [١٥٧٥]، واللفظ له، وأبو داود [٢٨٤٤]، والترمذى [١٤٩٠]، والنسائى (١٦٦/٧) وابن ماجه [٣٢٠٤]، وأحمد (٤٢٥/٢).

(٢) رواه مسلم [١٥١٣]، وأبو داود [٣٣٧٦]، والترمذى [١٢٣٠]، والنسائى (٢٣٠/٧)، وابن ماجه [٢١٩٤]، وأحمد (٣٧٦/٢).

(٣) هو الماء الجارى الذى له مادة لا تنقطع كماء العين. (القاموس).

(٤) هو الفرس الذى أفلت وذهب على وجهه. (المصباح).

(٥) **ضعيف.** رواه أحمد (٣٨٨/١)، والطبرانى فى «الكبير» [٩٦٠٧]، من طريق يزيد بن أبى زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفاً به، وإسناده ضعيف فيه يزيد بن أبى زياد وهو ضعيف كبر فتغير وصار يتلقن. وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود، فإن المسيب بن رافع لم يسمع من ابن مسعود وإنما روى عن علقمة والأسود وأبى عبيدة وغيرهم، كما فى «العلل» للإمام أحمد «والمراسيل» لابن أبى حاتم.

ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف، ولا يمكن ذلك فيما لا يقدر على تسليمه، فإن باع طيراً له فى برج مغلق الباب، أو سمكًا له فى بركة معدة للصيد، وكان معروفاً بالرؤية مقدوراً على تناوله بلا تعب جاز بيعه، لعدم الغرر فيه. وإن اختل بعض ذلك لم يجز، وإن باع الآبق لقادر عليه، والمغصوب لغاصبه، أو لقادر على أخذه منه جاز، لذلك، وإلا فلا.

فصل: ولا يجوز بيع ما يجهل صفته، كالحمل فى البطن، واللبن فى الضرع، والبيض فى الدجاج، والنوى فى التمر، لحديث أبى هريرة ﷺ. وروى ابن عمر ﷺ أن النبى ﷺ نهى عن بيع المَجْر[1] . والمجر: شراء ما فى الأرحام، وعن أبى هريرة ﷺ أن النبى ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح[2] . قال أبو عبيد: الملاقيح ما فى البطون، وهى الأجنة، والمضامين: ما فى أصلاب الفحول. وما سواه يقاس عليه. وروى أن النبى ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر، أو لبن فى ضرع.[3] رواه ابن ماجه. وعنه فى بيع الصوف على الظهر، روايتان: إحداهما- لا يجوز، للخبر، ولأنه

---

(١) **ضعيف.** رواه البزار [كشف الأستار ـ ١٢٨٠]، والبيهقى (٣٤١/٥)، وابن أبى عمر [المطالب ـ ١٣٣٣] من طريق موسى بن عبيدة، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر ﷺ مرفوعاً به، وفيه موسى ابن عبيدة وهو ضعيف لا سيما فى عبد الله بن دينار كما فى «التقريب»، والحديث ضعيف كما قال البيهقى، والنووى فى «المجموع» (٢٩١/٩)، والحافظ فى «التلخيص» (١٦/٣).

(٢) **صحيح.** رواه البزار [كشف الأستار-١٢٦٧] من طريق صلاح بن أبى الأخضر، عن الزهرى، عن سعيد، عن أبى هريرة ﷺ، وفيه صالح بن أبى الأخضر وهو ضعيف يعتبر به كما فى «التقريب»، والحديث صحيح بمجموع طرقه فقد رواه عبد الرزاق فى [١٤١٣٨] من حديث ابن عمر ﷺ، وإسناده قوى كما قال الحافظ فى «التلخيص» (١٢/٣)، ورواه الطبرانى فى «الكبير» [١١٥٨١]، والبزار [كشف الأستار - ١٢٦٨]، من حديث ابن عباس ﷺ .

(٣) **صحيح.** رواه الدارقطنى (١٤/٣)، والبيهقى (٣٤٠/٥)، والطبرانى فى «الأوسط» [٣٧٠٨] من طريق عمر بن فروخ، عن ضبيب بن الزبير، عن عكرمة، عن ابن عباس ﷺ، ورجاله ثقات سوى عمر بن فروخ فإنه صدوق ربما وهم كما فى «التقريب»، ووثقه ابن معين (تلخيص الحبير- ٦/٣). وقال الهيثمى فى «الزوائد» (١٠٢/٤): رجاله ثقات. وقد ورد موقوفاً عن ابن عباس ﷺ أخرجه الدارقطنى (١٥/٣)، والبيهقى (٣٤٠/٥)، وعبد الرزاق [١٤٣٧٤]، وصححه النووى فى «المجموع» (٣٩٥/٩)، وقوى إسناده الحافظ فى «بلوغ المرام» (ص: ١٦٨).

متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالبيع، كأعضائه. والثانية- يجوز بشرط جزه فى الحال، لأنه معلوم ممكن تسليمه، فجاز بيعه كالزرع فى الأرض.

فصل: بيع الأعيان من غير رؤية أو صفة يحصل بها معرفة المبيع، باطل، ظاهر المذهب، لحديث أبى هريرة ﷺ، ولأنه مجهول عند العاقد، فلم يصح بيعه، كالنوى فى التمر، فعلى هذا تشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع، كداخل الثوب، وشعر الجارية. وعنه: يجوز، لأنه عقد معاوضة، فأشبه النكاح، فعلى هذا هل يثبت له خيار الرؤية؟ فيه روايتان: إحداهما- لا خيار له، لأنه عقد معاوضة، صح مع الغيبة، فأشبه النكاح. والثانية- يثبت له الخيار عند الرؤية فى الفسخ والإمضاء، لأنه يروى عن النبى ﷺ أنه قال: **«من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه»** [1]، ويكون خياره على الفور، للحديث، وقيل: يتقيد بالمجلس، لأنه خيار ثابت بمقتضى العقد، فتقيد بالمجلس، كخيار المجلس، فإن اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم، لأنه تعلق بالرؤية، ولأنه يؤدى إلى إلزام العقد فى مجهول الصفة، وإن اختار الفسخ انفسخ، لأن الفسخ يصح فى مجهول الصفة، ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين جميعاً، لأن الرضا معتبر منهما، فتعتبر الرؤية التى هى مظنة له منهما جميعاً.

فصل: فإن رأيا المبيع، ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه، صح فى صحيح المذهب. وعنه: لا يصح، لأن ما كان شرطاً يعتبر وجوده حال العقد، كالشهادة فى النكاح. ولنا أنه معلوم عندهما، أشبه ما لو شاهداه حال العقد، أو اشترى منه داراً كبيرة، وهو فى طرفها، والشرط العلم، وهو مقارن للعقد، ثم إن وجد المبيع لم يتغير لزم، وإن وجده ناقصاً فله الخيار، لأن ذلك كالعيب، وإن اختلفا فى التغير، فالقول قول المشترى، لأن الثمن يلزمه، فلا يلزمه إلا ما اعترف به. وإن عقدا بعد الرؤية بزمن يفسد فيه ظاهراً، كالفاكهة لم يصح، لأنه غير معلوم. وإن احتمل الأمرين، ولم يظهر التغير، فالعقد صحيح، لأن الأصل سلامته.

(١) **ضعيف.** رواه الدارقطنى (٣/٤)، والبيهقى (٥/٢٦٨)، من طريق داهر بن نوح، عن عمر بن إبراهيم، عن وهب اليشكرى، عن ابن سيرين، عن أبى هريرة ﷺ وفيه عمر بن إبراهيم بن خالد الكردى وهو كذاب كان يضع الأحاديث كما قال الدارقطنى، وفيه، أيضًا داهر بن نوح وهو لا يعرف كما قال ابن القطان فى «بيان الوهم» (٣/١٧٢)، والحديث ضعيف كما قال الدارقطنى، والبيهقى فى «المعرفة» (٨/١٢)، والنوى فى «المجموع» (٩/٣٦٥).

فصل : ويصح البيع بالصفة فى صحيح المذهب إذا ذكر أوصاف السلم، لأنه لما عدمت المشاهدة للمبيع وجب استقصاء صفاته كالسلم، وإذا وجده على الصفة لزم العقد، وإن وجده على خلافها فله الفسخ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى، لما ذكرناه. وعنه: لا يصح البيع بالصفة، لأنه لا يمكن استقصاؤها، والمذهب الأول، لأنه مبيع معلوم بالصفة، فصح بيعه كالمسلم فيه. وبيع الأعمى وشراؤه بالصفة كبيع البصير بها، فإن عدمت الصفة وأمكنه معرفة المبيع بذوق أو شم، صح بيعه، وإلا لم يصح، لأنه مجهول فى حقه.

فصل : ولا يجوز بيع عبد من عبيد، ولا شاة من قطيع، ولا ثوب من أثواب، ولا أحد هذين العبدين، لأنه غرر، فيدخل فى الخبر، ولأنه يختلف فيفضى إلى التنازع، ويجوز بيع قَفيز [١] من صُبرة [٢]، ورطل زيت من دن [٣] أو ركوة [٤]، لأن أجزاءه لا تختلف، فلا يفضى إلى التنازع، وإن باع جريباً [٥] من ضيعة، يعلمان جربانها، صح، وكان البيع مشاعاً منها، فإن كانت عشرة أجربة فالمبيع عشرها، وإن لم يعلما جربانها، لم يصح، لأنه لا يعلم قدره منها فيكون مجهولاً.

فصل : وما لا تختلف أجزاؤه كصبرة الطعام، وزق الزيت [٦]، يكتفى برؤية بعضه، لأنها تزيل الجهالة، لتساوى أجزائها، ولأنه يتعذر رؤية جميعه، فاكتفى ببعضه، وما تشق رؤيته، كالذى مأكوله فى جوفه، يكتفى برؤية ظاهره، لذلك، وكذلك أساسات الحيطان وفى الآبار وشبهها ويجوز بيع الباقلاء، والجوز واللوز فى قشره، والحب المشتد فى سنبله،

---

(١) القفيز: مكيال والجمع أقْفزة وقُفْزان، وهو ثمانية مكاكيك، والمكوك: ثلاث كَيْلَجات، والكيلجة: مَنَاً و٨٧٥, مَنَا، والمَنَا: رطلان (المصباح) فيكون القفيز: تسعين رطلاً، والرطل معيار يوزن به أو يكال، يختلف باختلاف البلاد، وهو فى مصر اثنتا عشرة أوقية، والأوقية اثنا عشر درهماً. (المعجم الوجيز).

(٢) يقال: اشتريت الشىء صُبْرةً: أى بلا كيل ولا وزن. (المصباح).

(٣) الدّن: ما عظم من الآنية. (اللسان).

(٤) الركوة: الدلو الصغيرة، والجمع رِكاء ورَكَوَات. (المصباح).

(٥) الجريب: الوادى، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض، والجمع: أجْرِبَةٌ وجُرْبَان، ويختلف مقدار الجريب بحسب اصطلاح أهل الأقاليم كاختلافهم فى مقدار الرِّطل والكَيل والذراع. (المصباح).

(٦) الزق بالكسر: هو السقاء كما فى (اللسان)، أو هو الظرف كما فى (المصباح).

لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد [(١)] . فمفهومه جواز بيع المشتد، ولأنه مستور بما خلق فيه، فجاز بيعه، كالذي مأكوله في جوفه، ولأن قشره الأعلى من مصلحته، لأنه يحفظ رطوبته، وادخار الحب في سنبله أبقى له فجاز بيعه، كالسلت [(٢)] والأرز، وما لا يثبت رؤية جميعه يشترط رؤية جميعه على ما أسلفناه.

فصل: وإن قال: بعتك هذه الصبرة صح، وإن لم يعرف قدرها، لأن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا نبتاع الطعام من الركبان جزافاً على عهد رسول الله ﷺ. [(٣)] متفق عليه. ولأن غرر ذلك ينتفي بالمشاهدة، فاكتفى بها. وإن باعه نصفها أو ثلثها أو جزءاً منها مشاعاً صح، لأن من عرف شيئاً عرف جزءه. وإن قال: بعتكها كل قفيز بدرهم، صح، لأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعلم مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهو كيل الصبرة، فجاز كما لو باعه مرابحة لكل عشرة درهم. ولو قال: بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح، لأن البعض مجهول. ولو قال: بعتك منها كل قفيز بدرهم لم يصح أيضاً، لأنه باعه بعضها، ولو قال: بعتكها على أن أزيدك قفيزاً لم يصح، لأن الزائد مجهول، فإن قال: على أن أزيدك قفيزاً من هذه الأخرى صح، لأن معناه بعتكها، وقفيزاً من هذه، فإن قال: على أن أزيدك من هذه قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح، لأنه لا يدري أيزيده أم ينقصه، وإن قال: بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الأخرى، وهما يعلمان قدر قفزانها، صح، لأنهما إذا علماها عشرة فمعناه: بعتك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم، وإن لم يعلما قدرها لم يصح، لجهالة الثمن، لأنه يصير قفيزاً وشيئاً لا يعلمان قدره بدرهم، لجهلهما بكمية قفزانها، وكذلك إن قال: على أن أنقصك قفيزاً وإن جعلا للقفيز الزائد ثمناً مفرداً صح في الحالين.

فصل: ويكتفى بالرؤية فيما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب، والقطيع من الغنم فإن قال: بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف، صح، إذا كان

---

(١) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٣٧١]، والترمذي [١٢٢٨]، وابن ماجه [٢٢١٧]، وأحمد (٢٢١/٣)، وابن حبان [٤٩٩٣]، والبيهقي (٣٠١/٥) من حديث أنس رضي الله عنه، ورواه الحاكم بنحوه (١٩/٢) وصححه شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وحسنه الترمذي، وصححه النووي في «المجموع» (٣٦٩/٩).

(٢) السُّلْت: ضرب من الشعير ليس له قشر. (المصباح).

(٣) رواه البخاري [٢١٣٧]، ومسلم [١٥٢٧]، وأبو داود [٣٤٩٤]، والنسائي (٢٥٣/٧)، وابن ماجه [٢٢٢٩]، وأحمد (١٥/٢).

مشاهداً، وإن قال: بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا، صح أيضاً، وإن قال: بعتكه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم، صح، وإن لم يعلما قدر ذلك حال العقد، لما ذكرنا في الصبرة، وفيه نحو من مسائلها، ولو قال: بعتك من الدار من هاهنا إلى هاهنا جاز، لأنه معلوم، وإن قال: عشرة أذرع ابتداؤها من هاهنا لم يصح، لأنه لا يدرى إلى أين تنتهي. ولو قال: بعتك نصف دارى مما يلى دارك لم يصح، نص عليه، لذلك، وإن قال: بعتك من هذا الثوب من أوله إلى هاهنا صح، لأنه معلوم، وقال القاضي: إن كان ينقصه القطع لم يصح، لعجزه عن التسليم إلا بضرر، والأول أصح، لأن التسليم ممكن، والضرر لا يمنع الصحة إذا التزمه، كما لو باعه نصفاً مشاعاً، أو نصف حيوان.

فصل: ويشترط لصحة المبيع معرفة الثمن، لأنه أحد العوضين فيشترط العلم به، كالمبيع ورأس مال السلم. فإن باعه بثمن مطلق في موضع فيه نقد معين، انصرف إليه، وإن لم يكن فيه نقد معين، لم يصح لجهالته– وإن باعه سلعة برقمها أو بما باع به فلان، وهما لا يعلمان ذلك، أو أحدهما، أو بما ينقطع به السعر، لم يصح، لأنه مجهول. وإن قال: بعتك بألف درهم ذهباً وفضة لم يصح، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما. وإن باعه بعشرة نقداً أو بخمس عشرة نسيئة أو بعشرة صحاحاً أو عشرين مكسرة، لم يصح لأن النبي ﷺ **نهى عن بيعتين في بيعة** [1] حديث صحيح، وهو هذا ولأنه لم يعقد على ثمن بعينه، أشبه ما إذا قال: بعتك أحد هذين العبدين ويتخرج أنه يصح بناءً على قوله في الإجارة، وقيل: معنى «بيعتين في بيعة» أن يقول: بعتك هذا بمائة على أن تبيعني دارك بألف، أو على أن تصرفها لي بذهب، وأياً ما كان فهو غير صحيح. وإن باع بثمن معين تعين، لأنه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع، فعلى هذا إن وجده مغصوباً بطل العقد، وإن وجده معيباً فرده انفسخ العقد، لرد المعقود عليه، فأشبه رد المبيع، وعن أحمد: أن الثمن لا يتعين إلا بالقبض، فتنعكس هذه الأحكام. وإن باعه بثمن في الذمة لم يتعين، فإذا قبضه فوجده مغصوباً لم يبطل العقد، وإن رده لم ينفسخ، لأن الثمن في الذمة.

---

(١) **حسن**. رواه الترمذي [١٢٣١]، والنسائي (٧/ ٢٦٠)، وأحمد (٢/ ٤٣٢)، وابن حبان [٤٩٧٣]، من حديث محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة ﷺ، ورجاله ثقات رجال الشيخين غير محمد بن عمرو بن علقمة الليثي فإنه صدوق له أوهام كما في «التقريب»، روى له البخاري مقروناً، ومسلم في المتابعات. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

فصل : ولا يجوز بيع الملامسة والمنابذة، لما روى أبو سعيد الخدرى ﵁ أن النبى ﷺ نهى عن بيعتين الملامسة والمنابذة، والمنابذة: أن تقول: إذا نبذت إلى هذا الثوب فقد وجب البيع، والملامسة: أن يمسه بيده ولا ينشره [(١)] متفق عليه، ولأنه إذا علق البيع على نبذ الثوب ولمسه فقد علقه على شرط، وهو غير جائز، وإذا باعه قبل نشره فقد باعه مجهولاً فيكون غرراً. ولا يجوز بيع الحصاة، لما روى أبو هريرة﵁ أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحصاة [(٢)]، رواه مسلم، وهو أن يقول: ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بكذا، وقيل: هو أن يقول: بعتك من هذه الضيعة بقدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا. وكلاهما غير صحيح، لأنه غرر. ولا يجوز بيع حبل الحبلة، لما روى ابن عمر ﵁ قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة [(٣)] قال أبو عبيدة رحمه الله تعالى: هو بيع ما يلد حمل الناقة.

وقيل: هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد حمل الناقة، وكلاهما لا يجوز، لأنه على التفسير الأول مبيع معدوم مجهول، وعلى الثانى مبيع بثمن إلى أجل مجهول. ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء المطر، وقدوم زيد، وطلوع الشمس، لأنه غرر، ولأنه عقد معاوضة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل، كالنكاح.

فصل : ولا يجوز بيع العنب والعصير لمن يتخذه خمراً، ولا السلاح لأهل الحرب، أو لمن يقاتل به فى الفتنة، ولا الأقداح لمن يشرب فيها الخمر، لأنه معونة على المعصية فلم يجز، كإجارة داره لبيع الخمر. ولا يجوز بيع العبد المسلم لكافر، لأنه يمنع من استدامة ملكه عليه فلم يصح عقده عليه، كالنكاح، فإن أسلم فى يديه أو يد موروثه ثم انتقل إليه بالإرث، أجبر على إزالة ملكه عنه، لأن فى تركه فى

(١) رواه البخارى [٢١٤٧]، ومسلم [١٥١٢]، وأبو داود [٣٣٧٧]، والنسائى (٢٢٨/٧)، وابن ماجه [٢١٧٠]، وأحمد (٩٥/٣).

(٢) سبق تخريجه (١٠/٢) وهو حديث النهى عن بيع الغرر.

(٣) رواه البخارى [٢١٤٣]، ومسلم [١٥١٤]، وأبو داود [٣٣٨٠]، والترمذى [١٢٢٩]، والنسائى (٢٥٧/٧)، وابن ماجه [٢١٩٧]، وأحمد (٨٠/٢).

ملكه صغاراً، فإن باعه، أو وهبه لمسلم، أو أعتقه، جاز، وإن كاتبه ففيه وجهان: أحدهما- يجوز لأنه يصير كالخارج عن ملكه في التصرفات. والثاني- لا يجوز، لأنه لا يزيل الملك فلم يقبل، كالتزويج. وإن ابتاع الكافر مسلماً يعتق عليه بالشراء، ففيه روايتان: إحداهما- لا يصح، لأنه عقد يملك به المسلم. والثانية- يجوز، لأن ملكه يزول حال ثبوته، فلا يحصل به صغار، وإن حصل فقد حصل له من الكمال بالحرية، فوق ما لحقه برق لحظة. وإن قال الكافر لمسلم: اعتق عبدك عني وعلى ثمنه، ففيه وجهان، بناءً على ما ذكرناه، لأنه تعذر بيعه للكافر وتوكيل البائع في عتقه.

فصل: ولا يجوز أن يفرق في البيع بين ذوي رحم محرم قبل البلوغ، لما روى أبو أيوب ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: **«من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»** [(١)] حديث حسن. وعن علي ﷺ قال: وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله ﷺ: **«ما فعل غلامك؟»**، فأخبرته، فقال: **«رده رده»** [(٢)] رواه الترمذي، وقال: حديث حسن. فإن فرق بينهما فالبيع باطل، رضيت الأم ذلك أم كرهته، نص عليه، لأن فيه إسقاطاً لحق الولد. وهل يجوز التفريق بينهم بعد البلوغ؟ فيه روايتان: إحداهما- لا يجوز، لعموم الخبر، والثانية- يجوز، لأن سلمة بن الأكوع ﷺ أتى أبا بكر ﷺ بامرأة وابنتها في غزوة فنفله أبو بكر ﷺ ابنتها، ثم استوهبها النبي ﷺ من سلمة ﷺ فوهبها له[(٣)]، رواه مسلم، وهذا تفريق ولأن النبي ﷺ أهديت له أختان مارية وسيرين فأمسك مارية

---

(١) **حسن.** رواه الترمذي [١٢٨٣]، وأحمد (٤١٢/٥)، والدارقطني (٦٧/٣)، والحاكم (٥٥/٢)، من طريق حيي بن عبد الله المعافري، عن عبد الله بن يزيد، عن أبي أيوب الأنصاري ﷺ به، فيه حيي بن عبد الله المعافري وهو صدوق يهم كما في «التقريب»، والحديث حسن كما قال الترمذي، والنووي في «المجموع» (٤٤٤/٩).

(٢) **صحيح.** رواه أبو داود [٢٦٩٦]، والترمذي [١٢٨٤]، وابن ماجه [٢٢٤٩]، وأحمد (١٠٢/١)، من طريق الحكم بن عتيبة، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي ﷺ به، وإسناده منقطع ميمون لم يدرك علياً كما قال أبو داود في «السنن»، ورواه الدارقطني (٦٥/٣)، والحاكم (٥٤/٢) من طريق شعبة، عن الحكم، عن ابن أبي ليلى، عن علي ﷺ به، وصححه الحاكم، وقال ابن القطان في «بيان الوهم» (٣٩٦/٥): ورواية شعبة لا عيب بها وهي أولى ما اعتمد في هذا الباب. اهـ. ورواه ابن الجارود [٥٧٥] من طريق زيد بن أبي أنيسة، عن الحكم، عن ابن أبي ليلى، عن علي ﷺ به، ورجاله ثقات والحديث صحيح لكثرة طرقه وشواهده كما أشار إلى ذلك البيهقي (١٢٧/٩).

(٣) رواه مسلم [١٧٥٥]، وأبو داود [٢٦٩٧]، وابن ماجه [٢٨٤٦]، وأحمد (٤٦/٤) من حديث سلمة بن الأكوع، وفيه أن النبي ﷺ قال له: **«يا سلمة هب لي المرأة»** الحديث.

ووهب أختها لحسان بن ثابت رضي الله عنه [١] .

فصل : ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشتريها ويسلمها، لما روى حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال للنبي ﷺ : إن الرجل يأتيني يلتمس من البيع ما ليس عندي، فأمضي إلى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه، فقال النبي ﷺ : **«لا تبع ما ليس عندك»** [٢] حديث صحيح، ولأنه يبيع ما لا يقدر على تسليمه أشبه بيع الطير في الهواء. فإن باع مال غيره بغير إذنه ففيه روايتان: إحداهما- لا يصح، لذلك. والثانية- يصح، ويقف على إجازة المالك، فإن أجازه جاز، وإن أبطله بطل، لما روى عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى به شاتين، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق، قال: فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة، فأخبرته فقال: **«بارك الله لك في صفقة يمينك»** [٣]، رواه الإمام أحمد والأثرم، ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه، فوقف على حال إجازته كالوصية. وإن اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه فهو كبيعه، فإن اشترى له شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته، ثم نقد ثمنه من مال الغير، صح الشراء، لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، ويقف على إجازة المشتري له، لأنه قصد الشراء له، فإن أجازه لزمه، وإن لم يجزه لزم من اشتراه لأنه لا يلزمه ما لم يأذن فيه، والبيع صحيح فيلزم المشتري، فإن باع مال غيره وهو حاضر فلم ينكر ذلك فهو كبيعه في غيبته، لأن السكوت ليس بإذن، فإنه محتمل لغير الإذن فلا يتعين كونه إذناً .

---

(١) **إسناده حسن.** رواه الطبراني في «الأوسط» [٣٥٤٩]، البزار [كشف الأستار ـ ١٩٣٥]، من طريق بشير بن المهاجر، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه بريدة بن الحصيب رضي الله عنه قال: أهدى أمير القبط لرسول الله ﷺ جاريتين أختين وبغلة ـ الحديث، وفيه بشير بن المهاجر وهو صدوق لين الحديث كما في «التقريب»، ويشهد له حديث حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية ـ الحديث، أخرجه البيهقي في «الدلائل» (٣٩٥/٤) من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، عن أبيه، عن جده حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه به، وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف كما في «التقريب».

(٢) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٥٠٣]، والترمذي [١٢٣٢]، والنسائي (٢٥٤/٧)، وابن ماجه [٢١٨٧]، وأحمد (٤٠٢/٣). قال الترمذي: حديث حسن. وصححه ابن حزم في «المحلى» (٥١٩/٨)، والنووي في «المجموع» (٣١١/٩).

(٣) رواه البخاري [٣٦٤٢]، وأبو داود [٣٣٨٤] والترمذي [١٢٥٨]، وابن ماجه [٢٤٠٢]، وأحمد (٣٧٥/٤).

باب
بيع النجش والتلقى وبيع حاضر لباد
وبيعه على بيع غيره والعينة

وهى بيوع محرمة ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد »[1] متفق عليه. ومعنى النجش : أن يزيد فى السلعة من لا يريد شراءها ليغتر به المشترى، ويقتدى به، فهو حرام ، لأنه خداع ، والشراء صحيح . وعنه : أنه باطل، لأن النهى يقتضى الفساد ، والأول أصح ، لأن النهى عاد إلى غير العاقد ، فلم يؤثر فيه، وللمشترى الخيار إن غبن غبناً يخرج عن العادة ، سواء كان بمواطأة من البائع ، أو لم يكن، لأنه غبن لتغرير العاقد بالعقد ، فأثبت الخيار ، كتلقى الركبان ، ولو قال البائع : أُعطيتُ بهذه السلعة كذا كاذباً ، فاشتراها المشترى لذلك، فالبيع صحيح، وله الخيار، لما ذكرناه.

فصل : وتلقى الركبان : أن يخرج الرجل من المصر يتلقى الجلب قبل دخوله، فيشتريه ، فيحرم للخبر ، ولأنه يخدعهم ويغبنهم ، فأشبه النجش ، والشراء صحيح . وعنه : أنه باطل للنهى ، والمذهب الأول ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه فاشترى منه ، فإذا أتى السوق فهو بالخيار »[2] رواه مسلم . والخيار لا يكون إلا فى عقد صحيح ، ولأن النهى لضرب من الخديعة ، أمكن استدراكها بالخيار ، فأشبه بيع المصراة، وللبائع الخيار إن غبن غبناً يخرج عن العادة ، فإن لم يغبن ، فلا خيار له . ويحتمل أن له الخيار للخبر ، والأول المذهب ، لأنه إنما يثبت لدفع الضرر عن البائع ، ولا ضرر مع عدم الغبن ، والحديث يحمل

---

(١) رواه البخارى [٢١٤٠، ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢٧٢٧]، ومسلم [١٤٠٨، ١٥١٥]، وأبو داود [٣٤٤٣]، والترمذى [١١٣٤، ١٢٢٢، ١٢٥١]، والنسائى (٢٢٢/٧، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧)، وابن ماجه [٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢٢٣٩]، وأحمد (٢٤٢/٢، ٣٧٩، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٦٥، ٤٨٧).

(٢) رواه مسلم [١٥١٩]، وأبو داود [٣٤٣٧]، والترمذى [١٢٢١]، والنسائى (٢٢٦/٧)، وابن ماجه [٢١٧٨]، وأحمد (٤٨٧/٢).

على هذا ، وجعل النبي ﷺ له الخيار إذا هبط السوق يفهم منه الإشارة إلى معرفته بالغبن ، فإن خرج لحاجة غير قصد التلقي ، فقال القاضي : لا يجوز الشراء لوجود معنى النهي ، ويحتمل الجواز ، لعدم دخوله في الخبر . والبيع للركبان كالشراء منهم ، لأن النهي عن تلقيهم لدفع الغبن ، والشراء والبيع فيه واحد .

فصل : وبيع الحاضر للبادي : هو أن يخرج الحاضر إلى جلاب السلع فيقول: أنا أبيع لك ، فهو حرام للخبر ، ولأنه فيه تضييق على المسلمين ، إذ لو ترك الجالب يبيع متاعه باعه برخص ، فإذا تولاه الحاضر لم يبعه برخص ، وقد أشار النبي ﷺ إلى ذلك بقوله : « **لا يبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**»(١) وعنه : لا بأس به ، وحمل الخبر على أنه اختص بأول الإسلام ، لما كان عليهم من الضيق، والمذهب الأول، للخبر والمعنى . قال أصحابنا : إنما يحرم بشروط خمسة: أحدها– أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى ذلك . الثاني– أن يكون البادي جاهلاً بالسعر ، لأنه إذا كان عالماً به ، فهو كالحاضر . والثالث– أن يكون جلب السلعة ليبيعها ، فإن جلبها ليدخرها ، فلا ضرر على الناس في بيع الحاضر له ، ذكر الخرقي هذه الثلاثة . وذكر القاضي شرطين آخرين : أن يقصد بيعها بسعر يومها ، ويتضررالناس بتأخير بيعه ، فإذا اجتمعت هذه الشروط ، فالبيع باطل، للنهي. وعنه : أنه صحيح ، لأن النهي عنه لمعنى في غيره ، فأما شراء الحاضر للبادي فصحيح ، لأنه لا ضيق على الناس فيه ، وإذا شرع ما يدفع به الضرر عن أهل المصر لا يلزم شرع ما يتضرر به أهل البدو ، فإن الخلق في نظر الشارع على السواء .

فصل : وأما البيع على بيع أخيه ، فهو أن يقول لمن اشترى شيئاً في مدة الخيار: أنا أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، أو أجود منه بهذا الثمن ، فيفسخ العقد ، ويشتري سلعته ، فيحرم للخبر ، ولأن فيه إفساداً وإيحاشاً. وإن فسخ البيع ، واشترى سلعته ، فالشراء باطل للنهي عنه. وشراؤه على شراء أخيه ، كبيعه على بيعه، ويحتمل أن البيع صحيح، لأن النهي لمعنى في غير العقد .

---

(١) سبق تخريجه قبل هذا بحديثين، وهذا اللفظ رواه أحمد (٥١٢/٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، ورواه مسلم [١٥٢٢] من حديث جابر رضي الله عنه .

فصل : فأما سومه [١] على سوم أخيه ، فينظر فيه ، فإن كان البائع أبرم للمشترى بالبيع بثمن معلوم ، حرم على غيره سومه ، لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبى ﷺ قال : « **لا يسم الرجل على سوم أخيه** » [٢] رواه مسلم . وإن لم يبرم له ، جاز سومه ، لما روى أنس ﷺ أن رجلاً شكى إلى النبى ﷺ الشدة والجهد ، فقال له: «**ما بقى لك شىء**» قال : بلى قدح وحِلْس [٣]، فأتيته بهما ، فقال : «من يبتاعهما» ؟ ، فقال رجل : أنا أبتاعها بدرهم ، فقال النبى ﷺ : « **من يزيد على درهم؟** » فأعطاه رجل درهمين ، فباعهما منه [٤]. قال الترمذى : هذا حديث حسن، ولأن فاطمة بنت قيس ﷺ ذكرت للنبى ﷺ أن معاوية وأبا جهم ﷺ خطباها، فأمرها أن تنكح أسامة [٥]. متفق عليه. وإن ظهرت منه أمارة الرضا من غير تصريح به، فقال القاضى: لا تحرم المساومة ، لخبر فاطمة ، ويحتمل أن تحرم ، لعموم النهى، وليس فى خبر فاطمة أمارة على الرضا .

فصل : وأما بيع العينة ، فهو أن يبيع سلعة بثمن مؤجل ، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن حالاً ، فلا يجوز ، لما روى سعيد، عن غندر، عن شيعة عن أبى إسحاق عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل قالت : دخلت على عائشة أنا وأم ولد زيد ابن أرقم ، فقالت أم ولد زيد : إنى بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ، ثم اشتريته منه بستمائة درهم ، فقالت لها : بئسما ما شريت وبئسما

---

(١) المساومة: المجاذبة بين البائع والمشترى على السلعة، وفصل ثمنها. (النهاية).

(٢) سبق تخريجه (١٩/٢) وهو حديث «لا تلقوا الركبان».

(٣) أى بساط يبسط فى البيت. (المصباح).

(٤) **ضعيف**: رواه أبو داود [١٦٤١] والترمذى [١٢١٨] والنسائى (٢٢٧/٧) وابن ماجه [٢١٩٨] وأحمد (١٠٠/٣) من طريق أبى بكر الحنفى، عن أنس بن مالك ﷺ ، وإسناده ضعيف، فيه أبو بكر الحنفى وهو عبد الله البصرى لا يعرف حاله كما فى «التقريب» وقال الحافظ فى «التلخيص» (١٥/٣): وأعله ابن القطان بجهل حال أبى بكر الحنفى ونقل عن البخارى أنه قال: لا يصح حديثه. اهـ.

(٥) رواه مسلم [١٤٨٠]، وأبو داود [٢٢٨٤]، والترمذى [١١٣٥]، والنسائى (٦١/٦-٦٢)، وابن ماجه [١٨٦٩]، وأحمد (٤١٢/٦-٤١٣)، وابن حبان [٤٢٥٣، ٤٢٥٤] وهذا الحديث ليس من المتفق عليه كما قال المصنف -رحمه الله- وإنما أشار إليه البخارى فى الطلاق باب قصة فاطمة بنت قيس وأورد أشياءً من قصتها فى الأحاديث من [٥٣٢١] حتى [٥٣٢٨].

اشتريت، أبلغى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب [١]. ولا تقول مثل هذا القول إلا توقيفاً سمعته من رسول الله ﷺ ، ولأن ذلك ذريعة إلى الربا ، لأنه أدخل السلعة ، ليستبيح بيع ألف بخمسمائة، والذرائع معتبرة. فإن اشتراها بسلعة ، جاز، لأنه لاربا بين الأثمان والعروض، وإن اشتراها بنقد غير الذى باعها به ، فقال أصحابنا: يجوز، لأن التفاضل بينهما يجوز ، ويحتمل التحريم، لأن النّساء بينهما محرم. وإن اشتراها من غير المشترى، أو اشتراها أبو البائع أو ابنه ، جاز. وإن نقصت السلعة لتغير صفتها ، جاز لبائعها شراؤها بأقل من الثمن ، لأنه نقص الثمن لنقصان السلعة. وإن نقصت لتغير السوق، أو زادت، لم يجز شراؤها بأقل، لما ذكرناه.

فصل : فإن باعها بثمن حال نقده ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، لم يجز ، نص عليه ، لأنها فى معنى التى قبلها سواء .

فصل : وإن باع طعاماً إلى أجل بثمن ، فلما حل الأجل ، أخذ منه بالثمن طعاماً لم يجز ، لأنه ذريعة إلى بيع طعام بطعام نسيئة ، فهو فى معنى ما تقدم . فعلى هذا كل شيئين حرم النساء فيهما ، لم يجز أخذ أحدهما عن الآخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء وفى قياس قول أصحابنا فى مسألة العينة ، أنه يجوز ها هنا أخذ ما يجوز التفاضل بينه وبين الطعام المبيع .

فصل : ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً لم يجز له بيعه حتى يقبضه فى ظاهر كلام أحمد والخرقى ، وما عداهما يجوز بيعه قبل القبض، لقول النبى ﷺ : «من

---

(١) **إسناده جيد.** رواه الدارقطنى (٥٢/٣)، والبيهقى (٣٣٠/٥) من طريق أبى إسحاق السبيعى، عن امرأته العالية، عن أم محبة به، ورواه عبد الرزاق [١٤٨١٣] عن الثورى، عن أبى إسحق، عن امرأته، عن امرأة أبى السفر، وذكر الزيلعى فى «نصب الراية» (١٥/٤) أن الإمام أحمد رواه فى «مسنده» عن محمد بن جعفر، عن شعبة، عن أبى إسحق، عن امرأته، عن أم محبة به، ولم أعثر على موضعه فى المسند فلعله سقط من المطبوع، وامرأة أبى إسحاق هى العالية بنت أيفع بن شراحيل دخلت على عائشة رضي الله عنها وسألتها وسمعت منها وكذا امرأة أبى السفر، وأم محبة سألت ابن عباس رضي الله عنهما وسمعت منه كما قال ابن سعد فى «الطبقات» (٣٢٧/٦) قال ابن عبد الهادى فى «**التنقيح**»: هذا إسناد جيد (نصب الراية).

ابتاع طعاماً ، فلا يبعه حتى يستوفيه »[١] . وقال ابن عمر ﷺ : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم [٢] . متفق عليهما . وهذا لا يخلو من كونه مكيلاً أو موزوناً ، والحديث يدل بصريحه على منع بيعه قبل قبضه ، وبمفهومه على حل بيع ما عداه . وعن أحمد : أن المنع من البيع قبل القبض ، يختص المطعوم ، لاختصاص الحديث به ، وما ليس بمطعوم من المكيلات والموزونات ، يجوز بيعه قبل القبض. وعنه: أن المنع يختص بما ليس بمتعين ، كقفيز من صبرة ، ورطل زيت من دن، وما بيع صبرة ، أو جزافاً ، جاز بيعه قبل قبضه ، وهو قول القاضى وأصحابه ، لأنه يتعلق به حق توفيته بخلاف غيره. وعنه : أن كل مبيع لا يجوز بيعه قبل قبضه، لما روى عن النبى ﷺ أنه نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار[٣] رواه أبو داود، وقال ابن عباس ﷺ : أحسب كل شئ بمنزلة الطعام[٤]، ولأنه لم يتم ملكه عليه أشبه المكيل ، والمذهب الأول . وما بيع بصفة أو برؤية متقدمة ، فهو كالمكيل ، لأنه يتعلق به حق توفيته ، فأشبه المكيل والموزون. وما حرم بيعه قبل قبضه ، لم يجز بيعه لبائعه، لعموم النهى، ولا الشركة فيه ، لأنه بيع لبعضه ، ولا التولية ، لأنه بيع بمثل الثمن الأول . فأما الثمن فى الذمة ، فيجوز بيعه لمن هو فى ذمته، لما روى ابن عمر ﷺ قال : كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ، ونبيعها بالدنانير فنأخذ

---

(١) رواه البخارى [٢١٣٦]، ومسلم [١٥٢٦]، وأبو داود [٣٤٩٢]، وابن ماجه [٢٢٢٦]، وأحمد (٥٩/٢)، من حديث ابن عمر ﷺ، وفى الباب من حديث ابن عباس ﷺ.

(٢) رواه البخارى [٢١٣٧]، ومسلم [١٥٢٧]، وأبو داود [٣٤٩٨]، والنسائى (٢٥٣/٧)، وأحمد (٧/٢).

(٣) **حسن**.رواه أبو داود [٣٤٩٩]، وأحمد (١٩١/٥)، وابن حبان [٤٩٨٤]، والحاكم (٤٠/٢) من طريق محمد بن إسحاق، عن أبى الزناد، عن عبيد بن حنين، عن ابن عمر ﷺ عن زيد بن ثابت ﷺ ، فيه محمد بن إسحق وهو صدوق يدلس وقد عنعن إلا أنه صرح بالتحديث فى رواية أحمد وابن حبان، قال ابن عبد الهادى فى «التنقيح»: سنده جيد. (نصب الراية ـ ٣٢/٤).

(٤) رواه البخارى [٢١٣٥]، ومسلم [١٥٢٥]، وهذا لفظه، وأبو داود [٣٤٩٧]، والترمذى [١٢٩١]، والنسائى (٢٥٢/٧)، وابن ماجه [٢٢٢٧].

بدلها الدراهم ، فسألنا النبي ﷺ عن ذلك ، فقال : « **لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما شيء** »[(١)] رواه أبو داود . ولا يجوز بيعه لغير من هو في ذمته ، لأنه معجوز عن تسليمه ، فأشبه بيع المغصوب لغير غاصبه ، وما كان من الدين مستقر كالقرض ، فهو كالثمن ، وما كان غير مستقر كالمسلم فيه ، لم يجز بيعه بحال ، لا لصاحبه ولا لغيره ، لقوله عليه السلام : « **من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره** »[(٢)] رواه أبو داود .

فصل : وكل عقد ينفسخ بتلف عوضه قبل قبضه كالإجارة ، والصلح ، حكمه حكم البيع فيما ذكرناه ، وما لا ينفسخ كالخلع ، والعتق على مال ، والصلح عن دم العمد ، جاز التصرف في عوضه قبل قبضه ، طعاماً كان أو غيره ، وكذلك أرش الجناية ، وقيمة المتلف ، والمملوك بإرث ، أو وصية ، أو غنيمة ، إذا تعين ملكه فيه ، لأنه لا يتوهم غرر الفسخ بهلاك المعقود عليه ، فجاز بيعه كالوديعة ، والصداق كذلك ، قاله القاضي ، لأنه لا ينفسخ العقد بتلفه ، فهو كعوض الخلع . وقال الشريف وأبو الخطاب : هو كالمبيع ، لأنه يخشى رجوعه ، بانفساخ النكاح بالردة فأشبه المبيع .

---

(١) **حسن.** رواه أبو داود [٣٣٥٤]، والترمذي [١٢٤٢] والنسائي (٢٤٨/٧)، وابن ماجه [٢٢٦٢]، وأحمد (٨٣/٢)، وابن حبان [٤٩٢٠]، والحاكم (٤٤/٢)، والبيهقي (٢٨٤/٥) من طريق سماك ابن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضي الله عنهما به، وفيه سماك بن حرب وهو صدوق تغير بأخرة فكان ربما يتلقن، كما في «التقريب» وقد تفرد برفعه، وتابعه أبو هاشم يحيى بن دينار الواسطي، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر موقوفاً. رواه النسائي (٢٤٩/٧) وأبو هاشم ثقة كما في «التقريب»، وقد رد ابن الملقن على دعوى تضعيف الحديث من أجل تفرد سماك بالرفع فقال في «التحفة» (٢٣٣/٢) : ولك أن تقول: سماك من رجال مسلم استقلالاً والبخاري تعليقاً، ووثق أيضاً، فلم لا يكون من باب تعارض الرفع والوقف، والأصح تقديم الرفع كما قاله ابن حبان. اهـ، وقال ابن عدي في «الكامل» (١٣٠٠/٣) : ولسماك حديث كثير مستقيم إن شاء الله، وهو من كبار تابعي أهل الكوفة، وأحاديثه حسان وهو صدوق لا بأس به. اهـ. والبقيع هو موضع بالمدينة المنورة، وهو بقيع الغرقد كما في رواية البيهقي، كنت أبيع الإبل ببقيع الغرقد.

(٢) **ضعيف.** رواه أبو داود [٣٤٦٨]، وابن ماجه [٢٢٨٣]، والدارقطني (٤٥/٣)، والبيهقي (٣٠/٦)، من طريق سعد الطائي، عن عطية العوفي، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وإسناده ضعيف، فيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف، والحديث أعله أبو حاتم، والبيهقي، وعبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٢٧٨/٣) وابن القطان في «بيان الوهم» (١٧٣/٣) بالضعف والاضطراب، وقد أوضح أبو حاتم علة الاضطراب في «العلل» لابنه (٣٨٧/١) فقال: إنما هو سعد الطائي، عن عطية، عن ابن عباس قوله. اهـ.

فصل : وقبض كل شئ بحسبه ، المكيل المبيع مكايلة قبضه كيله، لما روى أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « **من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله** »[1] رواه مسلم، وإن بيع جزافاً فقبضه نقله، لما روى ابن عمر قال : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه.[2] رواه مسلم . وقبض الذهب، والفضة، والجواهر، باليد ، وسائر ما ينقل قبضه نقله، وقبض الحيوان أخذه بزمامه ، أو تمشيته من مكانه ، وما لا ينقل قبضه التخلية بين مشتريه وبينه ، لا حائل دونه، لأن القبض مطلق فى الشرع ، فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحياء والإحراز ، والعادة ما ذكرناه ، وعنه : أن القبض فى جميع الأشياء بالتخلية، مع التمييز ، لأنه قبض فيما لا ينقل فكان قبضاً فى غيره .

فصل : وما يعتبر له القبض إذا تلف قبل قبضه ، انفسخ العقد، وهو من مال البائع، لأنه تلف قبل تمام ملك المشترى عليه ، فأشبه ما لو تلف قبل تمام البيع . وإن أتلفه المشترى، استقر عليه الثمن ، لأنه تلف بتصرفه ، فاستقر الثمن عليه كما لو قبضه . وإن أتلفه أجنبى ، لم ينفسخ العقد ، لأن له بدلاً يرجع إليه ، فلم ينفسخ العقد ، كما لو تعيب . ويخير المشترى بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن ، لأنه تلف بغير فعل المشترى ، أشبه ما لو تلف بفعل الله تعالى، وبين إتمام العقد والرجوع ببدله ، لأن الملك له ، وإن أتلفه البائع ، احتمل أن يبطل العقد، لأنه يضمنه إذا تلف فى يده بالثمن، فكذلك إذا أتلفه وقال أصحابنا: الحكم فيه حكم ما لو أتلفه أجنبى، وإن تعيب قبل قبضه ، فهو كما لو تعيب قبل بيعه لأنه من ضمان البائع.

فصل : إذا باع شاة بشعير ، فأكلته قبل قبضه ولم تكن يد بائعها عليها، انفسخ البيع ، لأن الثمن هلك قبل القبض بغير فعل آدمى ، فإن كانت يده عليها ، فهو كإتلافه له ، وإن باعها مشتريها ثم هلك الشعير قبل قبضه ، انفسخ العقد الأول

---

(١) رواه مسلم [١٥٢٨] بهذا اللفظ، وأحمد (٣٢٩٦٢) بلفظ: «حتى يستوفيه».
(٢) سبق تخريجه (١٤/٢).

ولم يبطل الثانى ، لأن ذلك كان قبل فسخ العقد، وعلى بائعها الثانى قيمتها ، لأنه تعذر عليه ردها ، وهكذا إن كان بدله شقصاً فأخذه الشفيع ، انفسخ البيع الأول، وعلى المشترى رد قيمة الشقص ، ويأخذ من الشفيع قيمة الطعام ، لأنه الذى اشترى به الشقص .

فصل : وما لا يحتاج إلى قبض إذا تلف ، فهو من مال المشترى، لما روى حمزة ابن عبد الله بن عمر عن أبيه ﷺ . قال : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً ، فهو من مال المشترى[1] رواه البخارى . وهذا ينصرف إلى سنة النبى ﷺ إلا أن يمنعه البائع قبضه، فيضمنه، لأنه تلف تحت يد عادية ، أشبه ما تلف تحت يد الغاصب ، وسواء حبسه على قبض الثمن أو غيره إلا أن يكون قد اشترط عليه الرهن فى البيع .

باب
تفريق الصفقة

إذا باع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز صفقة واحدة ، كعبد وحر ، وخل وخمر ، وعبده وعبد غيره ، ودار له ولغيره ، ففيه روايتان: إحداهما- تفرق الصفقة ، فيجوز فيما يجوز بيعه بقسطه من الثمن ، ويبطل فيما لا يجوز ، لأن كل واحد منهما له حكم منفرد ، فإذا اجتمعا ، بقيا فى حكمهما، كما لو باع شقصاً وسيفاً . والثانية- يبطل فيهما ، لأنه عقد واحد جمع حلالاً وحراماً فبطل ، كما لو جمع بين

---

(١) **صحيح**. رواه البخارى تعليقاً فى «البيوع» باب إذا اشترى متاعاً أو دابة بلفظ: وقال ابن عمر: ما أدركَت الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع، ووصله الدارقطنى (٣/٥٤)، والطحاوى فى «شرح المعانى» (٤/١٦). قال الحافظ فى «التغليق» (٣/٢٤٣): وهذا موقوف صحيح الإسناد. اهـ، وهذا الحديث موقوف ولا يأخذ حكم الرفع كما يوحى بذلك لفظ: مضت السنة، الذى ساقه المصنف -رحمه الله-.

الأختين ، ويحتمل أن يصح فيما يجوز فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء ، كدار له ولغيره ونحوها ، والقفيزين المتساويين ، لأن الثمن فيما يجوز بيعه معلوم ، ويبطل العقد فيما عدا ذلك كالعبدين ، لأن ثمن ما يجوز بيعه مجهول ، لكون الثمن ينقسم عليهما بالقيمة ، وقسط الحلال منهما مجهول فيبطل كما لو صرح به ، فقال : بعتك هذا العبد بقسطه من الثمن فإنه لا يصح ، كذا ها هنا . فإن قلنا: يصح ، وعلم المشترى الحال ، فلا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة، ولا خيار للبائع بحال ، وإن لم يعلم المشترى الحال ، فله الخيار ، لأن عليه ضرراً فى تفريق الصفقة وإن اشترى معلوماً ومجهولاً بطل العقد فيهما ، لأن ما يختص المعلوم من الثمن مجهول. ولو باع قفيزين من الطعام بثمن واحد ، فتلف أحدهما قبل قبضه ، لم ينفسخ العقد فى الباقى منهما ، سواء كانا من جنس واحد أو جنسين ، لأن حدوث الجهل بثمن الباقى منهما لا يوجب جهالة المبيع حال العقد . قال القاضى : ويثبت للمشترى خيار الفسخ ، لتفرق الصفقة عليه فأشبه ما قبلها .

فصل : إن جمع بين عقدين مختلفى الحكم ، كبيع وإجارة ، أو صرف بعوض واحد ، صح فيهما ، لأن اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة ، كما لو جمع بين ما فيه شفعة ، وما لا شفعة فيه ، وفيه وجه آخر: لا يصح ، لأن حكمهما مختلف، وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما ، فإن البيع فيه خيار، ولا يشترط التقابض فيه فى المجلس ، ولا ينفسخ العقد بتلف المبيع، والصرف يشترط له التقابض ، وينفسخ العقد بتلف العين فى الإجارة. وإن جمع بين نكاح وبيع بعوض واحد ، فقال : زوجتك ابنتى ، وبعتك دارى بمائة، صح فى النكاح ، لأنه لا يفسد بفساد العوض ، وفى البيع وجهان . وإن جمع بين بيع وكتابة ، فقال لعبده : بعتك عبدى هذا ، وكاتبتك بمائة ، بطل البيع وجهاً واحداً ، لأنه باع عبده لعبده فلم يصح ، كبيعه إياه من غير كتابة ، وهل تبطل الكتابة ؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة .

فصل : ولو باع رجلان، عبداً لهما بثمن واحد ، صح، لأن حصة كل واحد منهما من الثمن معلومة . ولو كان لكل واحد منهما قفيز ، أو كانا من جنس واحد فباعاهما صفقة واحدة ، صح كذلك. وإن كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه، مثل أن كان لكل واحد منهما عبداً ، فباعاهما صفقة واحدة ، أو وكلا رجلاً فباعهما، أو وكل أحدهما الآخر فباعهما الآخر بثمن واحد ، صح، لأن كل واحد منهما مبيع بحصته من الثمن فصح ، كما لو صرح به، ويحتمل أن لا يصح بناء على تفريق الصفقة، أو كما لو كاتب عبدين كتابة واحدة بعوض واحد.

باب
الثنيا [(١)]

إذا باع حائطاً واستثنى شجرة بعينها ، أو قطيعاً واستثنى شاة بعينها ، صح ، لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا ، إلا أن تعلم[(٢)] قال الترمذي : هذا حديث صحيح .وهذه معلومة ، وإن استثنى شجرة أو شاة مطلقة ، لم يصح . للخبر، وإن استثنى آصعاً معلومة ، أو باع نخلة، واستثنى أرطالاً معلومة ، فعنه : أنه يصح ، للخبر، والمذهب أنه لا يصح ، لأن المبيع إنما علم بالمشاهدة. والاستثناء يغير حكم المشاهدة ، فإنه لا يدرى كم يبقى في حكم المشاهدة. ولو باعه الصبرة إلا قفيزاً ، لم يصح، لذلك. وإن باعه قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكّوكاً صح ، لأن القفيز معلوم ، والمكوك منه معلوم . وإن باعه داراً إلا ذراعاً ، وهما يعلمان ذرعانها جاز ، وكان مشاعاً منها ، وإلا لم يجز ، كما لو باعه ذراعاً منها شاعراً فيها، ولو باعه سمسماً إلا كُسْبَه ، أو قطناً إلا حبه ، أو شاة إلا شحمها ، أو فخذها ، لم يصح ، لأنه مجهول فيدخل في الخبر . وإن استثنى حملها ، فعنه: أنه يصح ، لأن ابن عمر رضي الله عنهما أعتق جارية واستثنى

(١) اسم من الاستثناء. (المصباح المنير).
(٢) رواه مسلم [١٥٣٦]، وأبو داود [٣٤٠٥]، والترمذي [١٢٩٠]، والنسائي (٧/٢٦٠)، وأحمد (٣/٣١٣) عن حديث جابر رضي الله عنه .

ما في بطنها[١] . وعنه : لا يصح، وهو أصح، للخبر . فإن باع جارية حاملاً بحر ، وقلنا: يصح استثناء الحمل، صح ها هنا ، وإن قلنا : لا يصح ثم ، ففيه وجهان: أحدهما – لا يصح ، لأنه استثناء في الحقيقة ، والثاني– يصح ، لأنه قد وقع مستثنى بالشرع ما لا يصح استثناؤه بالشرط ، بدليل بيع الأمة المزوجة . وإن باع حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه وجلده وسواقطه ، جاز، نص عليه ، لأنه ثنيا معلومة وقد روى أن النبي ﷺ حين هاجر إلى المدينة ، مرّ براعٍ فذهب أبو بكر وعامر بن فهيرة، فاشتريا منه شاة، وشرطا له سلبها[٢] فإن امتنع المشترى من ذبحها ، لم يجبر وعليه قيمة ذلك . لما روى عن علي رضي الله عنه: أنه قضى في رجل اشترى ناقة ، وشرط ثنياها ، فقال : اذهبوا معه إلى السوق ، فإن بلغت أقصى ثمنها ، فأعطوه حساب ثنياها من ثمنها[٣] . وعن الشعبي قال : قضى زيد بن ثابت رضي الله عنه ، وأصحاب رسول الله ﷺ في بقرة باعها رجل ، واشترط رأسها بالشَّرْوى[٤] ، يعني أن يعطيه رأسا مثل رأس.

فصل : ومن باع شيئاً ، واستثنى منفعته مدة معلومة ، كجمل اشترط ركوبه إلى موضع معين ، وداراً استثنى سكناها شهراً ، وعبداً استثنى خدمته سنة ، صح، لما روى جابر رضي الله عنه: أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة[٥] متفق عليه. ولأنها ثنيا معلومة ، فتدخل في خبر أبي هريرة رضي الله عنه ، فإن عرض المشترى على البائع

---

(١) **إسناده ضعيف**: رواه ابن أبي شيبة (١٥٤/٦) عن قرة بن سليمان عن محمد بن الفضاء عن أبيه عن ابن عمر في الرجل يبيع الأمة ويستثنى ما في بطنى قال: له ثنياه. وإسناده ضعيف فيه قرة بن سليمان وهو ضعيف الحديث كما في «الجرح والتعديل» (١٣١/٧) ولفظ المصنف ذكره ابن حزم في المحلى (١٨٨/٩) بإسناد غير متصل.

(٢) **ضعيف**. رواه أبو داود في «المراسيل» [١٨٣] من طريق ابن وهب عن موسى بن شيبة الحضرمي ويونس بن يزيد عن عمارة بن غزية الأنصارى عن عروة بن الزبير به. وليس فيه ذكر عامر بن فهيرة، وإسناده ضعيف لإرساله، وموسى بن شيبة ويعرف له حال، وقال في «التقريب»: مقبول. والحديث ضعفه ابن القطان في بيان الوهم (٦٥/٣).

(٣) **إسناده حسن**: رواه ابن أبي شيبة (٥٦٩/٦) وعبد الرزاق [١٤٨٥٠] من طريق نسير بن ذعلوق، عن عمرو بن راشد الأشجعي، عن علي رضي الله عنه به، وإسناده حسن نسير بن ذعلوق صدوق، وعمرو بن راشد الأشجعي وثقه ابن حبان، والذهبي في «الكاشف».

(٤) **إسناده ضعيف**. رواه ابن أبي شيبة (٥٧٠/٦)، وعبد الرزاق [١٤٨٥١] من طريق جابر الجعفي، عن الشعبي، عن زيد بن ثابت رضي الله عنه به وإسناده ضعيف، فيه جابر الجعفي وهو ضعيف رافضي، كما في «التقريب».

(٥) سبق تخريجه (٤/٢).

عوضها ، لم يلزمه قبوله ، لأن حقه تعلق بعينها ، فأشبه ما لو استأجرها ، وإن أراد البائع إجارتها تلك المدة ، فقال ابن عقيل : يصح في قياس المذهب ، لأنه استحق نفعها فملك إجارتها كالمستأجر . وإن أتلف المشترى العين فعليه قيمة المنفعة ، لتفويته حق غيره . وإن تلفت بغير تفريطه ، فكلام أحمد يقتضى ذلك بعمومه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن البائع لم يملك المنفعة من جهة المشترى ، فلم يلزمه عوضها له ، كما لو تلفت النخلة المبيعة المؤبرة بثمرتها، والحائط الذى استثنى منه شجرة ، ويحمل كلام أحمد على من فرّط . وإن باع المشترى العين ، صح وتكون المنفعة مستثناة في يد المشترى ، فإن لم يعلم به ، فله الخيار ، لأنه عيب ، فهو كالتزويج في الأمة ، ومن باع أمة واستثنى وطأها ، لم يصح ، لأنه لا يحل إلا في تزويج ، أو ملك يمين. ومن استثنى مدة غيرمعلومة لم يصح ، للخبر .

باب
الشروط في البيع

وهي علي أربعة أضرب: أحدها- ما هو من مقتضى البيع ، كالتسليم والرد بالعيب فهذا لا أثر له ، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد .

الثاني- ما هو من مصلحته ، كالخيار، والأجل، والرهن، والضمين ، فهذا شرط صحيح لازم ، ورد الشرع به نذكره في مواضعه .

الثالث- شرط ينافي مقتضى العقد، وهو نوعان: أحدهما- ما لم يبن على التغليب والسراية ، كشرط أن لا يملك ، ولا يتصرف ، ولا يسلم، أو لا يعتق ، وإن أعتق فالولاء له ، ومتى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن خسر فيه فعلى البائع ، فهذا شرط باطل ، لقول النبي ﷺ لعائشة لما أرادت شراء بريرة، حين قالت: فاشترط أهلها ولاءها: «اشتريها فأعتقيها ، إنما الولاء لمن أعتق» ثم قال : «من اشترط شرطاً ليس في

كتاب الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط » [١] متفق عليه . وهل يفسد البيع ؟ فيه روايتان: إحداهما- لا يفسد ، لحديث بريرة . والثانية- يفسد ، لأنه إذا فسد الشرط وجب رد ما فى مقابلته من الثمن ، وذلك مجهول ، فيصير الثمن مجهولاً .

النوع الثاني- أن يشتريه بشرط أن يعتقه ففيه روايتان: إحداهما- الشرط فاسد، لأنه ينافى مقتضى البيع ، فأشبه ما قبله . والثانية- هو صحيح، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها ، فأجازه النبى ﷺ ، فعلى هذا إن امتنع المشترى من العتق أجبر عليه فى أحد الوجهين ، لأنه عتق مستحق عليه ، فأجبر عليه ، كما لو نذر عتقه. والثانى- لا يجبر عليه، لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط ، كما لو شرط رهناً أو ضميناً لم يجبر عليه، ولكن يثبت للبائع خيار الفسخ ، كمشترط الرهن ، فإن مات العبد، رجع البائع على المشترى بما نقصه شرط العتق ، وإن كان المبيع أمة فأحبلها، أعتقها وأجزأه، لأن الرق باق فيها .

الرابع- ما لا ينافى مقتضى العقد ، ولا هو من مصلحته ، وهو نوعان :

أحدهما- أن يشترط عقداً آخر ، مثل أن يبيعه بشرط أن يبيعه عيناً أخرى، أو يؤجره، أو يسلفه ، أو يشترى منه ، أو يستسلف ، فهذا شرط فاسد يفسد العقد به ، لأن النبى ﷺ قال : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان فى بيع »[٢] قال الترمذى : هذا حديث صحيح . ونهى عن بيعتين فى بيعة ، وهذا منه . الثانى- أن يشترط المشترى منفعة البائع فى المبيع ، فيصح إذا كانت معلومة ، مثل أن يشترى ثوباً ، ويشترط على بائعه خياطته قميصاً ، أو فلعة [٣] ويشترط حذوها نعلاً ، أو حطباً ويشترط حمله ، لأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطى جرزة [٤] حطب ، واشترط

---

(١) رواه البخارى [٤٥٦]، ومسلم [١٥٠٤]، وأبو داود [٣٩٢٩]، والترمذى [٢١٢٤]، والنسائى (٢٦٤/٧)، وابن ماجه [٢٥٢١]. وأحمد (٨١/٦، ٢٧١).

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٥٠٤]، والترمذى [١٢٣٤]، والنسائى (٢٥٩/٧)، وابن ماجه [٢١٨٨]، وأحمد (١٧٤/٢)، وابن حبان [٤٣٢١]، والحاكم (١٧/٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما وصححه الترمذى، وابن حبان، والحاكم ووافقه الذهبى، وعبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٢٣٩/٣).

(٣) الفلعة: القطعة من السَّنام، أو القطعة مطلقاً. (اللسان) والمراد قطعة من الجلد. (انظر القاموس).

(٤) الجرزة: الحزمة من القش ونحوه. (اللسان).

عليه حملها[١]، واشتهر ذلك فلم ينكر ، ولأنه بيع وإجارة ، فصح ، كما لو باعه عبده ، وأجره داره في عقد واحد . وقال الخرقي : إن اشترط مشتري الرطبة جزها على بائعها ؛ بطل العقد ، فيحتمل أن يخص قوله بهذه الصورة وشبهها، لإفضائه إلى التنازع ، فإن البائع يريد قطعها من أعلاها ، ليبقى له منها بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء عليها ، ويحتمل أن يعدى حكمها إلى كل عقد شرط فيه منفعة البائع، لأنه شرط عقداً ، فأشبه ما قبله . وقال القاضي : لم أجد بما قال الخرقي رواية في المذهب ، والمذهب جوازه . فإن شرط في عقد شرطين ، مثل أن اشترط خياطة الثوب وقصارته ، وفي الحطب حمله وتكسيره ، أو اشترط منفعة البائع ، واشترط البائع منفعة المبيع مدة معلومة، فسد العقد ، لقول النبي ﷺ : «لا شرطان في بيع». وإن اشترط منفعة مجهولة، لم يصح، لإفضائه إلى التنازع .

فصل : فإن شرط في البيع أنه إن باعه فهو أحق به بالثمن ، ففيه روايتان:

إحداهما– لا يصح ، لأنه شرطان في بيع ، لأنه شرط أن يبيعه إياه، وأن يعطيه إياه بالثمن ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره .

والثانية– يصح ، لأنه يروى عن ابن مسعود أنه اشترى أمة بهذا الشرط[٢] . وإن قلنا بفساده ، فهل يفسد به البيع ؟ فيه روايتان .

فصل : وكل موضع فسد العقد به، لم يحصل به ملك وإن قبض ، لأنه

---

(١) لم أعثر عليه.

(٢) **حسن.** رواه مالك (ص: ٣٨١)، وابن أبي شيبة (٤٨٩/٦)، من طريق الزهري، عن ابن مسعود رضي الله عنه ، ورواه عبد الرزاق [١٤٢٩١] من طريق الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، قال: أراد بن مسعود رضي الله عنه ـ الحديث وكلاهما مرسل فإن الزهري وعبيد الله لم يدركا ابن مسعود رضي الله عنه ، ورواه الطحاوي في «شرح المعاني» (٤٧/٤) من طريق شعبة، عن خالد بن سلمة، قال: سمعت محمد بن عمرو بن الحارث يحدث عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود أنها باعت عبد الله جارية، واشترطت خدمتها ـ الحديث، وإسناده حسن، خالد بن سلمة صدوق كما في «التقريب»، ومحمد بن عمرو ترجم له البخاري في «التاريخ الكبير» (١٩٠/١) وأثبت سماعه من جدته زينب امرأة ابن مسعود رضي الله عنه ، وكذا ترجم له ابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل»(٢٩/٨)، وذكره ابن حبان في الثقات (٣٦٨/٧).

مقبوض بعقد فاسد ، فأشبه ما لو كان الثمن ميتة ، ولا ينفذ تصرف المشترى فيه ، وعليه رده بنمائه المنفصل والمتصل ، وأجرة مثله مدة مقامه فى يده ، ويضمنه إن تلف أو نقص بما يضمن به المغصوب ، لأن ملك غيره حصل فى يديه بغير إذن الشرع ، أشبه المغصوب ، ولا حد عليه إن وطئ للشبهة ، وعليه مهر مثلها ، وأرش بكارتها إن كانت بكراً ، والولد حر ، لأنه من وطء شبهة ، ويلحق نسبه به لذلك، ولا تصير الجارية أم ولد ، لأنها ولدت فى غير ملك . وإن حكمنا بفساد الشرط وحده ، فقال القاضى : يرجع المشترط بما نقص من الثمن، لأنه إنما سمح به ، لأجل الشرط ، فإذا لم يحصل رجع بما سمح به .

فصل : ولا يحل البيع بعد النداء للجمعة قبل الصلاة لمن تجب عليه الجمعة ، لقول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ** ﴾ [الجمعة: ٩]، فإن باع لم يصح ، للنهى. ويجوز لمن لا تجب عليه ، لأن الخطاب بالسعى لم يتناوله ، فكذلك النهى ، والنداء الذى تعلق به السعى والنهى هو الثانى الذى يكون عند صعود الإمام المنبر ، لأنه الذى كان على عهد رسول الله ﷺ فتعلق الحكم به ، وإنما زاد الأول عثمان رضي الله عنه[1]. وفى النكاح والإجارة وجهان: أحدهما- حكمهما حكم البيع ، لأنهما عقدا معاوضة . والثانى- يصحان ، لأنهما غير منصوص عليهما ، وليسا فى معنى المنصوص عليه ، لأنهما لا يكثران ، فلا تؤدى إباحتهما إلى ترك الجمعة بخلاف البيع .

فصل : ولا يحل التسعير ، لما روى أنس رضي الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يارسول الله قد غلا السعر ،فسعر لنا ، فقال : « **إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، إنى لأرجو أن ألقى الله ، وليس أحد يطلبنى بمظلمة** »[2] قال

---

(١) سبق تخريجه (١/٢٦٨).

(٢) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٤٥١]، والترمذى [١٣١٤]، وابن ماجه [٢٢٠٠]، وأحمد (٣/٢٨٦)، وابن حبان [٤٩٣٥]، وصححه الترمذى ، وابن حبان، وقال الحافظ فى «التلخيص» (٣/١٤): إسناده على شرط مسلم.

الترمذي: هذا حديث صحيح. ولأنه ظلم للبائع بإجباره على بيع سلعته بغير حق ، أو منعه من بيعها بما يتفق عليه المتعاقدان ، وهو من أسباب الغـلاء ، لأنه يقطع الجلب ويمنع الناس من البيع فيرتفع السعر .

فصل : والاحتكار محرم ، لما روى سعيد بن المسيب ، عن معمر بن عبد الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **« من احتكر فهو خاطئ »**[1] رواه مسلم وأبو داود . والاحتكار المحرم ما جمع أربعة أوصاف ، أن يشترى قوتاً يضيق به على الناس فى بلد فيه ضيق، فأما الجالب فليس بمحتكر ، لقول رسول الله ﷺ : **« الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون »**[2] ، ولأنه لا ضرر على الناس فى جلبه . ومن استغل من أرضه شيئاً فهو كالجالب . ولا يمنع من احتكار الزيت ، وما ليس بقوت ، لأن سعيد بن المسيب راوى الحديث كان يحتكر الزيت . ومن اشترى فى حال الرخص على وجه لا يضيق على أحد ، فليس بمحتكر ، لأنه لا ضرر فيه ، بل ربما كان نفعاً .

فصل : بيع التلجئة : وهو أن يقصد الرجل ظالماً يأخذ ماله ، فيواطئ رجلاً يظهر بيعه إياه ، ليحتمى بذلك ، ولا يريدان بيعاً حقيقياً ، فلا يصح، لأنهما ما قصداه، فهو كبيع المكره .



---

(١) رواه مسلم [١٦٠٥]، وأبو داود [٣٤٤٧]، والترمذى [١٢٦٧]، وابن ماجه [٢١٥٤]، وأحمد (٤٥٣/٣).

(٢) **ضعيف.** رواه ابن ماجه [٢١٥٣]، والدارمى [٢٥٤٤]، والحاكم (١١/٢)، من طريق على بن سالم بن ثوبان عن على بن زيد بن جدعان، عن سعيد بن المسيب، عن عمر ﷺ، وإسناده ضعيف، فيه على بن سالم، وعلى بن زيد بن جدعان وهما ضعيفان، كما فى «التقريب»، والحديث ضعفه البوصيرى فى «الزوائد»[٧٦٣]، والحافظ فى «التلخيص» (١٣/٣).

باب
الخيار فى البيع

وهو على ضربين: أحدهما– خيار المجلس ، فلكل واحد من المتبايعين الخيار فى فسخ البيع ما لم يفترقا بأبدانهما ، لقول النبى ﷺ : **« البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»**(١) متفق عليه . والتفرق : أن يمشى أحدهما عن صاحبه بحيث إذا كلمه الكلام المعتاد فى المجلس لا يسمعه ، لأن ابن عمر رضي الله عنه كان إذا بايع رجلاً ، فأراد أن لا يقيله مشى هنيهة ، ثم رجع(٢)، وهو راوى الحديث ، وأعلم بمعناه ، ولأن الشرع ورد بالتفرق مطلقاً ، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وهو حاصل بما ذكرنا. فإن لم يتفرقا بل بنى بينهما حاجز ، أو أرخى بينهما ستر أو نحوه، أو ناما، أو قاما عن مجلسهما ، فمشيا معاً، فهما على خيارهما ، لأنهما لم يتفرقا . وإن فر أحدهما من صاحبه ، بطل خيارهما ، لأن ابن عمر رضي الله عنه كان يفارق صاحبه بغير أمره ، ولأن الرضا فى الفرقة غير معتبر ، كما لا يعتبر الرضا فى الفسخ. وإن أكرها على التفرق ، ففيه وجهان: أحدهما– يبطل الخيار ، لأنه لا يعتبر الرضا من أحد الجانبين ، فكذلك منهما . والثانى : لا يبطل ، لأنه معنى يلزم به البيع فلا يلزم به مع الإكراه، كالتخاير، فعلى هذا يكون الخيار لهما فى المجلس الذى يزول عنهما الإكراه فيه حتى يفارقاه. فإن أكره أحدهما ، بطل خيار الآخر ، كما لو هرب منه ، وللمكره الخيار فى أحد الوجهين .

فصل : فإن تبايعا على أن لا خيار بينهما ، أو قالا بعد البيع: اخترنا إمضاء العقد ، أو أجزنا العقد ، ففيه روايتان: إحداهما– هما على خيارهما ، لعموم الخبر.

---

(١) رواه البخارى [٢٠٧٩] ومسلم [١٥٣٢]، وأبو داود [٣٤٥٩]، والترمذى [١٢٤٦]، والنسائى (٢١٧/٧)، وأحمد (٤٠٢/٣)، من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه .

(٢) رواه البخارى [٢١٠٧]، ومسلم [١٥٣١] بهذا اللفظ، والترمذى [١٢٤٥] والنسائى (٢١٩/٧).

والثانية– لا خيار لهما ، لما روى أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يخير أحدهما صاحبه ، فإن خير أحدهما صاحبه ، فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع » وفي لفظ: « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع » متفق عليهما . وفي لفظ: « أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[1] رواه البخاري . وهذه زيادة يجب قبولها ، فإن قال أحدهما لصاحبه : اختر، فسكت ، فخيار الساكت بحاله ، لأنه لم يوجد منه ما يبطله ، وفي خيار القائل وجهان: أحدهما– يبطل، للخبر ، ولأنه جعل الخيار لغيره ، فلم يبق له شيء. والثاني، لا يبطل كما لو قال لزوجته : اختاري، فسكتت، لم يبطل خياره في الطلاق.

فصل : ويثبت خيار المجلس في كل بيع للخبر ، ولأنه شرع للنظر في الحظ ، وهذا يوجد في كل بيع، وعنه : لا يثبت في الصرف والسلم ، وما يشترط فيه القبض في المجلس ، لأنه لا يثبت فيه خيار الشرط .

فصل : الضرب الثاني – خيار الشرط ، وهو أن يشترط الخيار في البيع مدة معلومة ، فيجوز بالإجماع ، ويثبت فيما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، وإن زادت على ثلاث ، لأنه حق يعتمد الشرط ، فجاز ذلك فيه، كالأجل ، ويجوز شرطه لأحدهما دون صاحبه ، ولأحدهما أكثر من صاحبه ، لأنه يثبت بشرطهما فكان على حسبه . ولو اشترى شيئين صفقة واحدة ، وشرط الخيار في أحدهما بعينه صح، وإن شرطه في غير معين منهما ، أو لأحد المتبايعين غير معين ، لم يصح لأنه مجهول ، فأشبه بيع أحد العبدين . وإن شرط الخيار لأجنبي ، صح ، وكان مشترطاً لنفسه موكلاً لغيره فيه، لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه ، فتعين، ولمشترط الخيار لغيره فله الفسخ بغير رضى الأجنبي ، وللأجنبي الفسخ إلا أن يعزله المشترط. ولو شرط الخيار للعبد المبيع ، صح لأنه كالأجنبي، وقال القاضي: إن جعل الأجنبي وكيلاً ، صح، وإن أطلق الخيار لفلان ، أو قال : هو لفلان دوني ، لم يصح ، لأن

(١) رواه البخاري [٢١١٢]، ومسلم [١٥٣١]، وأبو داود [٣٤٥٤]،و الترمذي [١٢٤٥]، والنسائي (٢١٨/٧)، وابن ماجه [٢١٨١]، من حديث ابن عمر ﷺ، ولفظ: «المتبايعان بالخيار» هو لفظ مسلم، ولفظ: «أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر» رواه أبو داود [٣٤٥٤].

الخيار جعل لتحصيل الحظ للمتعاقدين بنظرهما ، فلا يكون لمن لا حظ له . وإن كان العاقد وكيلاً ، فشرط الخيار للمالك ، صح ، لأن الحظ له، وإن جعله لأجنبي لم يصح، لأنه ليس له توكيل غيره ، وإن شرطه لنفسه ، صح لأن له النظر في تحصيل الحظ . وإن قال : بعتك على أن أستأمر فلاناً في مدة معلومة ، صح ، وله الفسخ قبل استئماره ، لأن ذلك كناية عن الخيار ، وإن لم يجعل له مدة معلومة ، فهو كالخيار المجهول .

فصل : إذا شرط الخيار إلى طلوع الشمس أو غروبها ، أو إلى الغد ، أو الليل، صح ، لأنه وقت معلوم ، ولا يدخل الغد ، ولا الليل في مدة الخيار ، لأن إلى للغاية وموضوعها لفراغ الشئ وانتهائه . وإن شرطاه ثلاثاً ، أو ساعات معلومة، فابتداء مدته من العقد، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فكان بدؤها منه كالأجل، ولأن جعله من حين التفرق يفضي إلى جهالته، لأنه لا يدرى متى يفترقان، ويحتمل أن يكون بدء مدته من التفرق، لأن الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا حاجة إلى إثباته بالشرط، فعلى هذا إن جعلا بدأه من العقد، صح، لأن بدايته ونهايته معلومان، ويحتمل أن لا يصح، لأن ثبوت الخيار بالمجلس يمنع ثبوته بغيره، وعلى الوجه الأول لو جعلا بدأه من التفرق، لم يصح لجهالته .

فصل : فإن شرطا خياراً مجهولاً ، لم يصح ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فلم تصح مجهولة كالتأجيل ، وهل يفسد العقد به ؟ على روايتين . وعنه : أنه يصح مجهولاً، لقوله عليه السلام: « **المؤمنون عند شروطهم** »[(١)] رواه الترمذي ، وقال :

(١) **حسن.** رواه الترمذي [١٣٥٢]، وابن ماجه [٢٣٥٣]، والدارقطني (٢٧/٣) من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، بلفظ: «**المسلمون على شروطهم**»، وإسناده ضعيف؛ فيه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف، كما في «التقريب»، ورواه أبو داود [٣٥٩٤]، والدارقطني (٢٧/٣)، وابن حبان [٥٠٩١]، والحاكم (٤٩/٢) من طريق كثير بن زيد الأسلمي، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «**المسلمون**» أيضاً، وإسناده حسن؛ فيه كثير بن زيد الأسلمي وهو صدوق يخطئ، كما في «التقريب»، ورواه ابن أبي شيبة (٥٦٨/٦) مرسلاً عن يحيى بن أبي زائدة، عن عبد الملك، عن عطاء قال: بلغنا أن النبي ﷺ قال: «**المؤمنون عند شروطهم**» وإسناده صحيح مرسلاً رجاله رجال مسلم. علقه البخاري بصيغة الجزم، في كتاب الإجارة باب أجر السمسرة. وقال الحافظ في التغليق (٢٨١/٣): روى من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وأنس ابن مالك، ورافع بن خزيج، وابن عمر وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها. اهـ. ثم ذكر حديث أبي هريرة وقال (٢٨٢/٣): وكثير بن زيد ابن معين، وأبو زرعة، والنسائي، وقال أحمد: ما أرى به بأساً. فحديثه حسن في الجملة، وقد اعتضد =

حديث حسن صحيح . فعلى هذا إن كان الخيار مطلقاً مثل أن يقول : لك الخيار متى شئت ، أو إلى الأبد ، فهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه ، وإن قال : إلى أن يقدم زيد ، أو ينزل المطر، ثبت الخيار إلى زمن اشتراطه ، أو يقطعاه قبله . وإن شرطاه إلى الحصاد أو الجذاذ ، ففيه روايتان: إحداهما- هو مجهول ، لأن زمن ذلك يختلف، فيكون كقدوم زيد . والثانية- يصح، لأن مدة الحصاد تتقارب في العادة في البلد الواحد ، فعفي عن الاختلاف فيه . وإن شرطاه إلى العطاء، يريد وقت العطاء، صح، لأنه معلوم، وإن أراد نفس العطاء فهو مجهول ، لأنه يتقدم ويتأخر. وإن شرط الخيار شهراً ، يوماً يثبت ويوماً لا ، ففيه وجهان: أحدهما- يثبت في اليوم الأول ، لأنه معلوم يلي العقد ، ويبطل فيما بعده ، لأنه إذا لزم لم يعد إلى الجواز ، ويحتمل أن يبطل الشرط كله ، لأنه شرط واحد ، فإذا فسد في البعض فسد في الكل .

فصل : ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، لأنه عقد جعل إلى اختياره ، فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه ، كالطلاق . ومتى انقضت مدته قبل الفسخ ، لزم العقد على كل حال ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فبطلت بانتهائها كالأجل ، ويبطل الخيار بالتخاير ، كما يبطل خيار المجلس به ، ولو ألحقا بالعقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، لأنه عقد لازم ، فلم يصر جائزاً بقولهما ، كالنكاح ، وإن فعلا ذلك في مدة الخيار ، جاز ، لأنه جائز فجاز إبقاؤه على جوازه .

فصل : وينتقل الملك إلى المشتري في مدة الخيار بنفس العقد ، وعنه : لا ينتقل إلا بانقضائه ، لأنه عقد قاصر لم يفد التصرف ، فلم ينقل الملك ، كالهبة قبل القبض، والأول ظاهر المذهب، لأن البيع سبب لنقل الملك ، فنقل عقيبه كالمطلق ، ولأنه تمليك ، فأشبه المطلق، وليس منع التصرف لقصور السبب ، بل لتعلق حق البائع بالمبيع، وما يحصل من غلة المبيع في مدة الخيار ، ونمائه المنفصل؛ فهو للمشتري سواء فسخا العقد أو أمضياه ، لأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه، فيدخل

= بمجيئه من طريق أخرى. اهـ. والحديث ذكره ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٦٩/٢) من رواية أبي هريرة ﷺ وحسن إسناده.

فى قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»[(١)]، وعلى الرواية الأخرى هو للبائع ، والحكم فى ضمانه كالحكم فى ضمان المبيع المطلق .

فصل: وليس لواحد من المتبايعين التصرف فى المبيع فى مدة الخيار، لأنه ليس بملك للبائع ، فيتصرف فيه ، ولا انقطعت عنه علقه، فيتصرف فيه المشترى، فإن تصرفا بغير العتق، لم ينفذ تصرفهما لذلك . وعنه فى تصرف المشترى: أنه موقوف، إن فسخ البائع ، بطل ، وإن لم يفسخ ، صح لعدم المبطل له ، ذكره ابن أبى موسى. وإن كان الخيار للمشترى وحده ، صح لذلك ، وإن أعتق المشترى العبد ، عتق، لأنه عتق من مالك تام الملك ، جائز التصرف ، فنفذ كما بعد المدة ، فإن قلنا : الملك للبائع ، نفذ عتقه ، ولا ينفذ عتق من لا ملك له، لأنه عتق من غير مالك، فأشبه الأجنبى . وفى الوقف وجهان. أحدهما- أنه كالعتق ، لأنه تصرف يبطل الشفعة أشبه العتق، والصحيح : أنه لا ينفذ ، لأنه لا يبنى على التغليب ، ولا يسرى إلى ملك الغير ، أشبه البيع .

فصل: وإن وطئ المشترى الجارية ، فلا حد عليه ولا مهر ، وإن ولدت منه ، فالولد حر ، ولا يلزمه قيمته ، وتصير أم ولد ، لأنه مملوكته . وإن وطئ البائع فعليه المهر، لأنه وطئ فى غير ملك، وإن علم التحريم، فولده رقيق، لا يلحقه نسبه كما لو وطئ بعد المدة، وإن جهل التحريم، فلا حد عليه ، وولده أحرار ، عليه قيمتهم يوم الولادة ، لأنه يعتقد أنه يحبلها فى ملكه ، فأشبه المغرور بأمة، ولا تصير أم ولد بحال ، قال بعض أصحابنا : وعليه الحد إن علم التحريم ، وأن البيع لا ينفسخ به ، وذكر أن أحمد نص عليه ، لأن وطأه لم يصادف ملكاً ، ولا شبهة. والصحيح أنه لاحد عليه ، لأن أهل العلم اختلفوا فى ملكه لها ، وحل وطئها ، وهذه شبهة يدرأ الحد بها ،

---

(١) حسن. رواه أبو داود [٣٥٠٨]، والترمذى [١٢٨٥]، والنسائى (٢٢٣/٧)، وابن ماجه [٢٢٤٢]، وأحمد (٤٩/٦)، من طريق مخلد بن خفاف، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها ورجاله ثقات غير مخلد فإنه مقبول، كما فى «التقريب» ، وقد تابعه مسلم بن خالد الزنجى، عن هشام ابن عروة، عن أبيه، عنها مرفوعاً به أخرجه أبو داود [٣٥١٠]، وابن ماجه [٢٢٤٣]، والحاكم (١٥/٢)، ومسلم بن خالد صدوق كثير الأوهام، كما فى «التقريب».
قال الترمذى: حديث حسن صحيح غريب، وصححه الحاكم - ووافقه الذهبى -.

ولأن ملكه يحصل بوطئه ، فيحصل تمام وطئه في ملكه ، فلا يجب الحد به، وإن قلنا بالرواية الأخرى انعكست هذه الأحكام .

فصل : وطء البائع فسخ للبيع ، لأنه دليل على الاسترجاع ، فأشبه من أسلم على أكثر من أربع ، فوطئ إحداهن كان اختياراً لها . ووطء المشترى رضى بالمبيع، وإبطال لخياره، لذلك ، وسائر التصرفات المختصة بالملك ، كالعتق، والكتابة، والبيع والوقف، والهبة، والمباشرة ، واللمس لشهوة ، وركوب الدابة لسفر أو حاجة ، أو الحمل عليها، وشرب لبنها، وسكنى الدار ، وحصاد الزرع ونحوه، إن وجد من المشترى، بطل خياره، لأنه يبطل بالتصريح بالرضا فبطل بدلالته كخيار المعتقة، فإنه يبطل بتمكينها لزوجها من وطئها. وإن تصرف البائع بذلك ، ففيه وجهان: أحدهما- هو فسخ للبيع، لذلك . والآخر- لا يكون فسخاً ، لأن الملك انتقل عنه ، فلم يكن تصرفه استرجاعاً ، كمن وجد ماله عند مفلس ، فتصرف فيه . وقال أبو الخطاب : هل يكون تصرف البائع فسخاً للبيع ، وتصرف المشترى رضا بالمبيع ، وفسخاً لخياره ؟ على وجهين . وأما ركوب المشترى الدابة لينظر سيرها ، وطحنه على الرحى ليختبرها ، فلا يبطل الخيار ، لأن الاختبار هو المقصود بالخيار . وإن استخدم العبد ليختبره ، لم يبطل خياره، لذلك ، وإن إستخدمه لغير ذلك ، ففيه روايتان. إحداهما : يبطل خياره ، لأنه تصرف منه ، أشبه الركوب للدابة. والثانية- لا يبطل ، لأنه لا يختص الملك ، أشبه النظر . وإن قبلت الجارية المشترى لشهوة ، لم يبطل خياره ، لأنها قبلة لأحد المتبايعين ، فلم يبطل خياره ، كقبلتها للبائع ، ولأنا لو أبطلنا خياره بهذا أبطلناه من غير رضاه بالمبيع ، ولا دلالة عليه . ويحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمنعها ، لأن إقراره عليه رضى به .

فصل : وإن أعتق المشترى الجارية، أو استولدها ، أو أتلف المبيع ، أو تلف في يده ، لم يبطل خيار البائع ، لأنه لم يوجد منه رضى بإبطاله . وله أن يفسخ ويرجع ببدل المبيع ، وهو مثله إن كان مثلياً، وإلا قيمته يوم أتلفه . وعنه : أن خياره يبطل بذلك ، اختارها الخرقى ، لأنه خيار فسخ ، فبطل بتلف المبيع ، كخيار الرد بالعيب.

فصل : وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره ، ولم يثبت لورثته ، لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه ، فلم يورث ، كخيار الرجوع فى الهبة، ويتخرج أن يورث قياسا على الأجل فى الثمن . وإن جن أو أغمى عليه ، قام وليه مقامه ، لأنه قد تعذر منه الاختيار مع بقاء ملكه . وإن خرس ولم تفهم إشارته ، فهو كالمجنون، وإن فهمت إشارته ، قامت مقام لفظه . وإن مات فى خيار المجلس ، بطل خياره ، وفى خيار صاحبه وجهان: أحدهما- يبطل، لأن الموت أعظم الفراق. الثانى- لا يبطل ، لأن الفرقة بالأبدان لم تحصل .

باب
الربا

الربا محرم ، لقول الله تعالى: ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥]، وما بعدها من الآيات ، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: « **لعن الله آكل الربا ، وموكله، وشاهديه، وكاتبه**»[1] متفق عليه . وهو على ضربين : ربا الفضل ، وربا النسيئة ، والأعيان المنصوص على الربا فيها ستة، مذكورة فى حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال : « **الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، من زاد أو ازداد ، فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالملح كيف شئتم يداً بيد**»[2] رواه مسلم . واختلفت الرواية فى علة الربا على ثلاث روايات: فأشهرهن- أن علته فى الذهب والفضة الوزن والجنس ، وفى غيرهما الكيل والجنس ، لما روى عن عمار رضي الله عنه أنه قال : العبد خير من العبدين ، والثوب خير من الثوبين ، فما كان يداً بيد

---

(١) رواه أحمد (٤٠٢/١) بهذا اللفظ من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ، ورواه البخارى [٥٩٦٢] من حديث جابر رضي الله عنه بلفظ: لعن رسول الله ﷺ ـ الحديث، ورواه مسلم [١٥٩٨]، وأحمد (٣٠٨/٤) من حديث أبى جحيفة رضي الله عنه وفيه: ولَعَنَ آكل الربا وموكله ـ الحديث.

(٢) رواه مسلم [١٥٨٧]، وأبو داود [٣٣٤٩]، والترمذى [١٢٤٠]، والنسائى (٢٤١/٧)، وأحمد (٣٢٠/٥).

فلا بأس به إنما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن[١] ، ولأنه لو كانت العلة الطعم لجرى الربا في الماء ، لأنه مطعوم ، قال الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾ [البقرة:٢٤٩] . فعلى هذا يحرم التفاضل في كل مكيل ، أو موزون، من جنس ، سواء كان مطعوماً كالقطْنيَّات[٢] ، أو غير مطعوم كالأشنان والحديد . ويجرى الربا فيما كان جنسه مكيلاً أو موزوناً ، وإن تعذر الكيل فيه أو الوزن ، إما لقلته ، كالتمرة والقبضة ، وما دون الأرزة من الذهب والفضة ، وإما لعظمه كالزُّبْرة[٣] العظيمة ، وإما للعادة كلحم الطير ، لأنه من جنس فيه الربا ، فجرى فيه الربا كالزبرة العظيمة .

وما نسج من القطن والكتان لا ربا فيه ، نص عليه ، لحديث عمار . وما عمل من الحديد ونحوه إن كان يقصد وزنه جرى فيه الربا ، لأنه يقصد زنته ، فجرى فيه الربا كلحم الطير ، وما لا يقصد زنته لا يجرى فيه الربا كالثياب . والرواية الثانية– العلة في الذهب والفضة الثمنية غالباً ، وفيما عداهما كونه مطعوم جنس ، لما روى معمر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل.[٤] رواه مسلم . ولأنه لو كان الوزن علة لم يجز إسلام النقد في الموزونات ، لأن اجتماع المالين في أحد وصفى علة ربا الفضل يمنع النساء ، بدليل إسلام المكيل في المكيل ، فعلى هذه الرواية يحرم التفاضل في كل مطعوم بيع بجنسه من الأقوات ، والآدام، والفواكه، والأدوية، والأدهان المطيبة، وغيرها، وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً ، كالبطيخ والرمان، والبيض، ونحوها . والرواية الثالثة– العلة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً ، لأن النبي ﷺ **نهى عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل.** والمماثلة المعتبرة هي المماثلة في الكيل والوزن ، فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن ، ولا يحرم فيما لا يطعم كالأشنان والحديد ، ولا فيما لا يكال كالبطيخ والرمان .

---

(١) **إسناده صحيح.** رواه ابن أبي شيبة (١١٢/٦) من طريق صدقة بن المثنى، عن جده رياح بن الحارث، عن عمار بن ياسر رضي الله عنه . وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات.

(٢) جمع قِطْنِيَّة اسم جامع للحبوب التي تطبخ، وذلك مثل العدس والباقلاء واللوبياء والحِمَّص والأرز والسمسم وليس القمح والشعير من القِطاني. (المصباح المنير) .

(٣) بالضم هي القطعة من الحديد والجمع زبر وزبر. (القاموس) .

(٤) رواه مسلم [١٥٩٢]، وأحمد (٤٠١/٦)، وابن حبان [٥٠١١]، بلفظ: **«الطعام بالطعام مثلاً بمثل»** .

فصل : وما جرى الربا فيه اعتبرت المماثلة فيه فى المكيل كيلاً ، وفى الموزون وزناً ، لقول النبى ﷺ : **«الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، والبر بالبر كيلاً بكيل ، والشعير بالشعير كيلاً بكيل»**[١] رواه الأثرم . ولا يجوز بيع مكيل بجنسه وزناً ، ولا موزون كيلاً للخبر ، ولأنه لا يلزم من تساويهما فى أحد المعيارين التساوى فى الآخر ، لتفاوتهما فى الثقل والخفة ، ولا يجوز بيع بعضه ببعض جزافاً من الطرفين ، ولا من أحدهما ، لما روى جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر.[٢] رواه مسلم . ولأن المماثلة لا تعلم بدون الكيل من الطرفين ، فوجب ذلك . وما لا يكال ولا يوزن يعتبر التماثل فيه بالوزن ، لأنه أحصر ، ومنه ما لا يتأتى كيله .

فصل : والمرجع فى الكيل والوزن إلى عادة أهل الحجاز ، لقول النبى ﷺ : **«المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة»**[٣] ، وما لا عرف له بالحجاز يعتبر بأشبه الأشياء به بالحجاز فى أحد الوجهين ، لأن الحوادث ترد إلى أقرب الأشياء شبهاً بها وهو القياس . والثانى– يرد إلى عرفه فى موضعه ، لأن ما لا حد له فى الشرع يرد إلى العرف ، كالقبض والحرز .

فصل : والجيد والردئ ، والتِّبر[٤] والمضروب ، والصحيح والمكسور، سواء فى جواز البيع متماثلاً وتحريمه متفاضلاً ، للخبر وفى بعض ألفاظه : **«الذهب بالذهب، تبرها وعينها ، والفضة بالفضة ، تبرها وعينها»** رواه أبو داود . وفى لفظ : **«جيدها**

---

(١) **صحيح**. رواه البيهقى (٥/٢٩١)، والطحاوى فى «شرح المعانى» (٤/٦٦)، من طريق قتادة عن صالح أبى الخليل، عن مسلم بن يسار، عن أبى الأشعث عن عبادة رضي الله عنه، وإسناده صحيح كما قال الحافظ فى «التلخيص» (٣/٨)، وابن الملقن فى «تحفة المحتاج» (٢/٢١٠)، وهو إحدى طرق حديث عبادة الذى سبق تخريجه (٢/٤١).

(٢) رواه مسلم [١٥٣٠]، والنسائى (٧/٢٣٧)، وابن حبان [٥٠٢٦]، من حديث جابر رضي الله عنه.

(٣) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٣٤٠]، والنسائى (٥/٤٠)، (٧/٢٥٠)، والبيهقى (٦/٣١)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وصححه النووى فى «المجموع» (٥/٤٨٨)، وابن الملقن فى «تحفة المحتاج»(٢/٥٨)، وابن دقيق العيد والعلائى كما فى «فيض القدير» (٦/٣٧٤).

(٤) الذهب غير المضروب. (المصباح المنير).

ورديئها سواء»[١] .

فصل: ولا يحرم التفاضل إلا في الجنس الواحد ، للخبر والإجماع. وكل شيئين اتفقا في الاسم الخاص من أصل الخلقة ، فهما جنس، كأنواع التمر، وأنواع البر، وإن اختلفا في الاسم من أصل الخلقة، فهما جنسان ، كالستة المذكورةفي الخبر ، لأن النبي ﷺ حرم الزيادة فيها إذا بيع منها شئ بما يوافقه في الاسم، وأباحها إذا بيع بما يخالفه في الاسم ، فدل على أن ما اتفقا في الاسم جنس ، وما اختلفا فيه جنسان. وعنه : أن البر والشعير جنس ، لأن معمر بن عبد الله رضي الله عنه قال لغلامه فيهما: لا تأخذن إلا مثلاً بمثل ، فإن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل، وكان طعامنا يومئذ الشعير. رواه مسلم ، والمذهب الأول ، لأن النبي ﷺ قال في الأعيان الستة **«فإذا إختلفت هذه الأصناف الستة فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»**[٢] رواه مسلم . وقال النبي ﷺ : **«لا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما يداً بيد»**[٣] رواه أبوداود . وحديث معمر رضي الله عنه لا بد فيه من إضمار الجنس الواحد.

فصل : والمتخذ من أموال الربا يعتبر بأصله ، فما أصله جنس واحد ، فهو جنس واحد، وإن اختلفت أسماؤه ، وما أصله أجناس ، فهو أجناس ، وإن اتفقت أسماؤه ، فدقيق الحنطة والشعير جنسان ، ودهن اللوز والجوز جنسان ، وزيت الزيتون والبُطْم[٤] فإنهما جنسان ، وكذلك خل العنب وخل التمر . وعنه : أنهما جنس ، والأول أصح ، لأنهما فرعا أصلين مختلفين ، فكانا جنسين، كالأدقة. وفي اللحم ثلاث روايات: إحداهن– أنه كله جنس واحد ، لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه ، فكان جنساً واحداً ، كالتمر .

---

(١) سبق تخريجه (٢/٤١) وهذا اللفظ رواه النسائي (٧/٢٤٢)، وأما لفظ: **«جيدها ورديئها سواء»** فلم أجده وهو لفظ غريب، كما قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/٣٧).

(٢) سبق تخريجه (٢/٤١) وهو إحدى طرق حديث عبادة رضي الله عنه ، وهذه الزيادة رواها مسلم، وأبو داود [٣٣٥٠]، ورواها أحمد بنحوه.

(٣) سبق تخريجه (٢/٤١) وهو إحدى طرق حديث عبادة.

(٤) بضمة وبضمتين: الحبة الخضراء أو شجرها، ثمره نافع للسعال وللكُلْيَة، وتغليف الشعر بورقه الجاف المنخول ينبته ويحسنه. (القاموس).

والثانيـة– أنه أربعة أجناس ، لحم الأنعـام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير، ولحم دواب الماء ، لأنها تختلف منفعتها ، والقصد إلى أكلها ، فكانت أجناساً .

الثالثة– أنها أجناس ، لأنها فروع أجناس ، فكانت أجناساً، كالتمر الهندى والبَرْنى[1] ، وبهذا ينتقض دليل الرواية الأولى ، والثانية لا أصل لها ، فعلى هذه الرواية لحم بهيمة الأنعام كلها ثلاثة أجناس ، ولحم بقر الوحش والأهلية جنسان ، وكل ما انفرد باسم وصفة فهو جنس . وقال ابن أبى موسى : لا خلاف عن أحمد أن لحم الطير والسمك جنسان ، وفى الألبان من القول ما فى اللحم ، لأنها من الحيوان يتفق اسمها فأشبهت اللحم.

فصل : واللحم، والشحم، والكبد، والطحال، والرئة، والكلية، والقلب، والكرش، أجناس لأنها مختلفة فى الاسم والخلقة . قال بعض أصحابنا : الشحم والإلية جنسان، لذلك، وقالوا : اللحم الأحمر والأبيض الذى على الظهر والجنبين جنس ، لاتفاقهما فى الاسم والقصد ، ويحتمل أن يكون الشحم الذى يذوب بالنار كله جنساً واحداً لاتفاقهما فى اللون والصفة والذوب بالنار، وقد قال الله تعالى : ﴿ **وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا** ﴾ [الأنعام:١٤٦] فاستثناه من الشحم .

فصل : ولا يجوز بيع ما فيه ربا بعضه ببعض ، ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه ، كمد عجوة ودرهم بمد ودرهم ، أو بمدين أو درهمين . وعنه : ما يدل على الجواز إذا كان مع كل واحد منهما من غير جنسه ، أو كان المفرد أكثر ليكون الزائد فى مقابلة غير الجنس ، والأول المذهب ، لما روى فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: أتيت رسول الله ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتعتها بتسعه دنانير ، فقال النبى ﷺ : «لا حتى تميز بينهما»[2] رواه أبو داود. ولأن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفى

(١) بفتح الباء وسكون الراء: نوع من أجود التمر. (المصباح).
(٢) رواه مسلم [١٥٩١]، وأبو داود [٣٣٥١] واللفظ له، والترمذى [١٢٥٥]، والنسائى (٢٤٥/٧)، وأحمد (٢١/٦).

القيمة انقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما بدليل ما لو اشترى شقصاً[١] وسيفاً فإن الشفيع يأخذ الشقص بقسطه من الثمن، وإذا قسم الثمن على القيمة أدى إلى الربا، لأنه إذا باع مداً قيمته درهمان، ودرهماً، بمدين قيمتهما ثلاثة ، حصل في مقابلة الجيد مد وثلث . فأما إن باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدرهم صحيح ، ودرهم قُراضة[٢] ، بصحيحين ، فقال القاضي : الحكم فيها كالتي قبلها لذلك ، وقال أبو بكر : يجوز ، لقول النبي ﷺ : «الفضة بالفضة مثلاً بمثل» ، ولأن الجودة ساقطة فيما قوبل بجنسه، لما تقدم، وعن أحمد : منع ذلك في النقد وتجويزه في غيره ، لأنه لا يمكن التحرز من اختلاط النوعين .

فصل: ولا يجوز بيع خالصة بمشوبه، كحنطة فيها شعير ، أو زوان[٣] بخالصة أو غير خالصة ، أو لبن مشوب بخالص أو مشوب ، أو عسل في شمعه بمثله، إلا أن يكون الخلط يسيراً لا وقع له ، كيسير التراب والزوان ، ودقيق التراب الذي لا يظهر في الكيل ، فإنه لا يخل بالتماثل ، ولا يمكن التحرز منه .

فصل: وما اشتمل على جنسين بأصل الخلقة ، كالتمر فيه النوى ، فلا بأس ببيع بعضه ببعض ، لأن النبي ﷺ أباح بيع التمر بالتمر[٤] ، وقد علم أن في كل واحد نوى . ولو نزع النوى ، ثم تركه مع التمر صار كمسألة مد عجوة لزوال التبعية، ولو نزع من أحدهما نواه ، ثم باعه بتمر فيه نواه فكذلك . وإن باع النوى بمثله، أو المنزوع بمثله ، جاز لأنه جنس متماثل . وإن باع المنزوع وحده بالنوى؛ جاز فيه التفاضل، لأنهما جنسان . وإن باع النوى بتمر فيه نواه ، ففيه روايتان: إحداهما– لا يجوز ، لأنه في معنى مسألة مد عجوة . والثانية– يجوز ، لأن مافيه الربا

---

(١) بالكسر هو: السهم والنصيب، وتشقيص الذبيحة: تفصيل أعضائها سهاماً معتدلة بين الشركاء. (القاموس).

(٢) بالضم، ما سقط بالقرض، ومنه قراضة الذهب. (اللسان).
وقال في المطلع: هو قطع الذهب والفضة، ويجوز نصبه على التمييز وجره بالإضافة أو على الصفة، وتنوين «درهم» في الأول والثالث.

(٣) بالكسر والضم، حبٌ يخالط البُر. (مختار الصحاح).

(٤) سبق تخريجه (٤١/٣) من حديث عبادة ﷺ.

غير مقصود في أحد الجانبين ، فلم يمنع كبيع دار مموه سقفها ذهب بذهب، وكذلك يخرج في بيع شاة ذات لبن بلبن ، أو ذات صوف بصوف ، أو لبون بمثلها، فإن كانت محلوبة اللبن ، جاز وجهاً واحداً ، لأن الباقي لا أثر له ، فهو كالتمويه في السقف ، ويجوز بيع شاة ذات صوف بمثلها وجهاً واحداً ، لأن ذلك لو حرم لحرم بيع الغنم بالغنم . قال أبو بكر: ويجوز بيع نخلة مثمرة بمثلها أو بثمر ، لأن الثمر عليها غير مقصود ، ومنعه القاضي لكون الثمرة معلومة ، يجوز إفرادها بالبيع بخلاف اللبن: ومنع القاضي بيع اللحم بجنسه إلا منزوع العظام ، لأن العظم من غير جنس اللحم ، فأشبه الشمع في العسل ، ويحتمل الجواز ، لأن العظم من أصل الخلقة ، فأشبه النوى في التمر بخلاف الشمع .

فصل : وما فيه خلط غير مقصود لمصلحته ، كالماء في خل التمر والزبيب، ودبس التمر، والملح في الخبز، والشيرج في الخبيص، ونحوه، لا يمنع بيعه بمثله ، لأنه لمصلحته ، فأشبه رطوبة الرطب . ولا يجوز بيعه بخالص، كخل الزبيب بخل العنب، والخبز الرطب باليابس ، كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر .

فصل: ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه كالدقيق بالخبز، لأن النار تذهب رطوبته، وتعقد أجزاءه فتمنع تساويهما، ويجوز بيع مطبوخه بمثله إذا لم يظهر عمل النار في أحدهما أكثر من الآخر ، لتساويهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان في ثاني الحال، فجاز، كالخبز بالخبز، والشواء بالشواء، والسكر والعسل المصفى بالنار بمثله.

فصل : ولا يجوز بيع حبه بدقيقه ، وعنه : الجواز إذا تساويا وزناً ، لأن الدقيق أجزاء الحب نحتاً، فجاز بيعه به ، كما قبل الطحن ، والمذهب الأول ، لأن البر ودقيقه مكيلان ، ولا يباع ما أصله الكيل بشئ من جنسه وزناً ، ولا يمكن التساوي في الكيل ، لأن الطحن فرق أجزاء الدقيق ونشرها. ويجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بمثله إذا تساويا في الكيل والنعومة ، لما ذكرنا في المطبوخ بمثله ، ولا يجوز إذا تفاوتا في النعومة ، لأنه يمنع تساويهما في الكيل، إلا على قولنا: بجواز بيع الحب بدقيقه وزناً .

فصل: ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالزيتون بزيته ، والسمسم بالشيرج ، والعنب بعصيره ، لأنه لا يتحقق التماثل بين العصير ، وما فى أصله منه . ويجوز بيع العصير بالعصير، لما ذكرنا فى المطبوخ. ولا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، لما روى سعيد بن المسيب أن النبى ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان[1] رواه مالك فى «الموطأ»، ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه ، فلم يجز كالزيتون بالزيت . وإن باع اللحم بحيوان لا يؤكل ، جاز لعدم ما ذكرنا ، وإن باعه بحيوان مأكول غير أصله ، وقلنا : هما جنس واحد، لم يجز، وإلا جاز .

فصل : ويجوز بيع اللبن باللبن ، حليبين كانا، أو رائباً وحليباً ، لأن الرائب لبن خالص ، إنما فيه حموضة . ولا يجوز بيع لبن بما يستخرج منه من زبد وسمن ومخيض[2] ، ولا زبد بسمن ، لأنه مستخرج منه ، أشبه الزيتون بالزيت . وعنه : يجوز بيع اللبن بالزبد إذا كان أكثر من الزبد الذى فى اللبن ، والسمن مثله ، وهذا كمسألة مد عجوة، والظاهر تحريمه . ولا يجوز بيع لبن مائع بجامد ، لأنهما يتفاضلان، ويجوز بيع السمن، والزبد، والمخيض، واللبأ[3] والجبن ، والمصل، بمثله إذا تساويا فى الرطوبة والنشافة ، ولم ينفرد أحدهما بمس النار له . ويجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلاً ، لأنه ليس فى أحدهما شئ من الآخر، وبيع الزبد بالمخيض، نص عليه، لأن اللبن فى الزبد يسير غير مقصود ، فأشبه الملح فى الشيرج . ولا يجوز بيع شئ من هذه الأنواع بنوع لم ينزع زبده ، كالجبن والمصل ، لما ذكرنا فى بيعه باللبن.

---

(١) **حسن.** رواه مالك فى الموطأ (ص: ٤٠٦)، وأبو داود فى «المراسيل» (ص: ١٨٢)، والدارقطنى (٧١/٣)، والحاكم (٣٥/٢)، والبيهقى (٢٩٦/٦)، من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً، ووصله الدارقطنى (٧١/٣)، وأبو نعيم فى «الحلية» (٣٣٤/٦)، من طريق يزيد بن مروان، عن مالك، عن الزهرى، عن سهل بن سعد رضي الله عنه، وفيه يزيد ابن مروان وهو ضعيف، وكذبه ابن معين كما فى «الميزان» (٤٣٩/٤)، وله شاهد حسن يقويه من طريق الحسن، عن سمرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع الشاة باللحم، أخرجه الحاكم (٣٥/٢)، والبيهقى (٢٩٦/٥)، وإسناده صحيح، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً، ومن لم يثبته فهو مرسل جيد يضم إلى مرسل سعيد بن المسيب، كما قال البيهقى.

(٢) هو اللبن إذا استخرج زبده بوضع الماء فيه وتحريكه. (المصباح).

(٣) اللِبأ وزان عِنَب، هو أول اللبن عند الولادة (المصباح).

فصل: ولا يجوز بيع رطبه بيابسه ، لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر[١] متفق عليه . وعن سعد بن أبى وقاص رضي الله عنه أن النبى ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «**أينقص الرطب إذا يبس**»، قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك[٢] أخرجه أبو داود . فنهى وعلل بأنه ينقص عن يابسه ، فدل على أن كل رطب يحرم بيعه بيابسه. ويجوز بيع رطبه برطبه ، لأن مفهوم نهيه عن بيع الرطب بالتمر ، إباحة بيعه بمثله ، ولأنهما تساويا فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان ، فجاز بيعه بمثله ، كاللبن باللبن. وذكر الخرقى أن اللحم لا يباع باللحم إلا إذا تناهى جفافه، فدل على أن كل رطب لا يجوز بيعه بمثله ، اختاره أبو حفص، لأنهما لا يتساويان حال الكمال، والمذهب الجواز، وقال القاضى : لم أجد بما قال الخرقى رواية عن أحمد.

فصل : ويجوز بيع العرايا ، وهو بيع الرطب على رؤوس النخل خرصاً بالتمرعلى وجه الأرض كيلاً لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ رخص فى العرية فى خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق.[٣] متفق عليه . وإنما يجوز بشروط خمسة :

أحدها- أن يكون دون خمسة أوسق، وعنه: يجوز فى الخمسة ، لأن الرخصة ثبتت فى العرية ، ونهى عما زاد على الخمسة ، وشك الراوى فى الخمسة ، فردت إلى أصل الرخصة، والمذهب الأول ، لأن الأصل تحريم بيع الرطب بالتمر خولف فيما دون الخمسة ، بالخبر ، والخمسة مشكوك فيها ، فيرد إلى الأصل .

الثانى- أن يكون مشتريها محتاجاً إلى أكلها رطباً . لما روى محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت رضي الله عنه : ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالاً محتاجين من

---

(١) رواه البخارى [٢١٩١]، ومسلم [١٥٤٠]، وأبو داود [٣٣٦٣]، والنسائى (٢٣٥/٧)، وأحمد (٢/٤) من حديث سهل بن أبى حثمة رضي الله عنه بلفظ: نهى عن بيع الثَّمر بالتمر ـ الحديث. ولفظ المصنف: الرطب بالتمر، إنما ورد فى إحدى طرق الحديث الآتى، والثمر بفتح المثلثة أى الرطب كما فى «الفتح» (٣٨٧/٤).

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٣٥٩]، والترمذى [١٢٢٥]، والنسائى (٢٣٦/٧)، وابن ماجه [٢٢٦٤]، وأحمد (١٧٥/١)، وصححه الترمذى، والحاكم ووافقه الذهبى، وصححه أيضاً الحافظ فى «الدراية» (١٥٨/٢).

(٣) رواه البخارى [٢١٩٠]، ومسلم [١٥٤١]، وأبو داود [٣٣٦٤]، والترمذى [١٣٠١]، والنسائى (٢٣٥/٧)، وأحمد (٢٣٧/٢).

الأنصار شكوا إلى رسول الله أن الرطب يأتي ، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر يأكلونه رطبا[1] متفق عليه . والرخصة الثابتة لحاجة لا تثبت مع عدمها، فإن تركها حتى تتمر بطل البيع لعدم الحاجة .

الثالث– أن لا يكون له نقد يشترى به، للخبر .

الرابع– أن يشتريها بخرصها للخبر ، ولأن النبي ﷺ رخص فى العرايا أن تباع بخرصها كيلاً.[2] متفق عليه . ولابد أن يكون التمر معلوماً بالكيل للخبر ، وفى معنى الخرص روايتان: إحداهما– أن ينظر كم يجئ منها تمر، فيبيعها بمثله ، لأنه يخرص فى الزكاة كذلك . والثانية– يبيعها بمثل ما فيها من الرطب ، لأن الأصل اعتبار المماثلة فى الحال بالكيل ، فإذا خولف الدليل فى أحدهما ، وأمكن أن لا يخالف فى الآخر ، وجب. ولا يجوز بيعها برطب ولا تمر على نخل خرصاً .

الخامس– أن يتقابضا قبل تفرقهما ، لأنه بيع تمر بتمر ، فاعتبرت فيه أحكامه إلا ما استثناه الشرع ، والقبض فيما على النخل بالتخلية ، وفى التمر باكتياله ، فإن كان حاضراً فى مجلس البيع اكتاله ، وإن كان غائباً مشيا إلى التمر ، فتسلما . وإن قبضه أولا ، ثم مشيا إلى النخلة ، وتسلمها ، جاز .

واشترط الخرقى كون النخلة موهوبة لبائعها ، لأن العرية اسم لذلك .

واشترط أبو بكر والقاضى حاجة البائع إلى بيعها ، وحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه يرد ذلك مع أن اشتراطه يبطل الرخصة ، إذ لا تتفق الحاجتان مع سائر الشروط ، فتذهب الرخصة ، فعلى قولنا يجوز لرجلين شراء عريتين من واحد، وعلى قولهما لا

---

(١) رواه الشافعى فى «الأم» (٥٤/٣) تعليقاً فقال: وقيل لمحمود بن لبيد: أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبى ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره – فذكره، ولفظ: فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطباً متفق عليه من حديث سهل بن أبى حثمة رضي الله عنه وقد سبق تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٢) رواه البخارى [٢١٩٢]، ومسلم [١٥٣٩]، وأبو داود [٣٣٦٢]، والترمذى [١٣٠٢]، والنسائى (٢٣٥/٧)، وابن ماجه [٢٢٦٩]، وأحمد (١٨١/٥)، من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه .

يجوز إلا أن ينقصا بمجموعهما عن خمسة أوسق ، ولا يجوز لواحد شراء عريتين فيهما جميعاً خمسة أوسق ، لأنه فى معنى شراءها فى عقد واحد .

فصل : قال ابن حامد : لا يجوز بيع العرايا فى غير ثمرة النخل ، لما روى أن النبى ﷺ نهى عن المزابنة الثمر بالتمر إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وعن بيع كل ذى ثمر بخرصه.[(١)] وهذا حديث حسن ، ولأن غير التمر لا يساويه فى كثرة اقتياته ، وسهولة خرصه ، فلا يقاس عليه غيره . وقال القاضى : يجوز فى جميع الثمار ، لأن حاجة الناس إلى رطبها كحاجتهم إلى الرطب . ويحتمل الجواز فى التمر والعنب خاصة ، لتساويهما فى وجوب الزكاة فيهما ، وورود الشرع بخرصهما، وكونهما مقتاتين دون غيرهما .

فصل: فى ربا النسيئة: كل مالين اتفقا فى علة ربا الفضل ، كالمكيلين والموزونين، أو المطعومين على الرواية الأخرى ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر نساء ، ولا التفرق قبل القبض ، لقول النبى ﷺ **«فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد»**[(٢)] وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ **«الذهب بالورق رباً ، إلا هاء وهاء ، والبر بالبر رباً إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير رباً إلا هاء وهاء»**[(٣)] متفق عليه .

وما اختلفت علتهما ، كالمكيل بالموزون إذا لم يتفقا فى الطعم ، جاز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة ، وفى النساء فيهما روايتان . وما لم توجد فيه علة ربا الفضل ، كالثياب والحيوان ، ففيه أربع روايات: إحداهن– يجوز النساء فيهما ، لما روى عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال : أمرنى النبى ﷺ أن أستسلف إبلاً ، فكنت

---

(١) رواه البخارى [٢٣٨٣]، ومسلم [١٥٤٠] بدون قوله: وعن بيع العنب ...ـ إلى آخر الحديث، ورواه الترمذى [١٣٠٣] بتمامه، كلهم من حديث رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة رضي الله عنهما.
وهذه الزيادة رواها أيضاً مسلم [١٥٤٢] من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) سبق تخريجه (٤١/٢).

(٣) رواه البخارى [٢١٣٤]، ومسلم [١٥٨٦]، وأبو داود [٣٣٤٨]، والترمذى [١٢٤٣]، والنسائى (٢٤٠/٧)، وابن ماجه [٢٢٥٩]، كلهم بلفظ المصنف، وزادوا: **«والتمر بالتمر رباً إلا هاء وهاء»**.

آخذ البعير بالبعيرين إلى مجيء إبل الصدقة[١] .

والثانية– لا يجوز ، لما روى سمرة ﵁ قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[٢] قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

والثالثة– يحرم النساء في الجنس الواحد ، لهذا الخبر ، ويباح في الجنسين عملاً بمفهومه .

والرابعة : يباح مع التساوي ، ويحرم مع التفاضل في الجنس الواحد ، لما روى جابر ﵁ أن النبي ﷺ قال: «**الحيوان اثنان بواحد لا يصلح أن يكون نساء ، ولا بأس به يداً بيد**»[٣] قال الترمذي : هذا حديث حسن. وعن ابن عمر ﵄ أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا

---

(١) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٣٥٧] والدارقطني (٣/ ٧٠) والحاكم(٢/ ٥٦) والبيهقي (٥/ ٢٨٧) من طريق محمد بن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن مسلم بن جبير، عن أبي سفيان، عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما به، ورواه أحمد (٢/ ١٧١) والدارقطني (٣/ ٧٠) من طريق محمد بن إسحاق، عن أبي سفيان الحرشي، عن مسلم بن جبير، عن عمر بن حريش، عن ابن عمرو به، وإسناده ضعيف، فيه مسلم بن جبير، وعمرو بن حريش، وهما مجهولان، كما في «التقريب». وله شاهد صحيح رواه الدارقطني (٣/ ٦٩)، والبيهقي (٥/ ٢٨٧)، من طريق ابن وهب، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بنحوه. وصححه البيهقي، وقال الحافظ في «الفتح» (٤/ ٤١٩): إسناده قوي. اهـ.

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٣٥٦]، والترمذي [١٢٣٧]، والنسائي (٧/ ٢٥٧)، وابن ماجه [٢٢٧٠]، وأحمد (٥/ ١٢)، من حديث الحسن، عن سمرة ﵁ . ورجاله ثقات إلا أنه اختلف في سماع الحسن من سمرة، كما قال الحافظ في «الفتح» (٤/ ٤١٩)، والحسن مدلس وقد عنعنه. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وفي الباب من حديث ابن عباس ﵄ أخرجه ابن حبان [٥٠٢٨]، والحاكم (٢/ ٥٧)، وابن الجارود [٦١٠]، ومن حديث جابر بن سمرة، رواه عبد الله بن أحمد في «زوائد المسند» (٥/ ٩٩)، والطبراني في «الكبير» [٢٠٥٧]، ومن حديث ابن عمر ﵄ أخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٦٠)، والطبراني في «الكبير» (مجمع الزوائد ـ ٤/ ١٠٥)، وهذه الطرق الثلاثة لا يخلو أحدها من مقال إلا أن مجموعها يقوي الحديث ويعضده كما قال الشوكاني في «نيل الأوطار» (٥/ ٢٣٢).

(٣) **صحيح**. رواه الترمذي [١٢٣٨]، وابن ماجه [٢٢٧١]، وأحمد (٣/ ٣١٠)، من طريق حجاج بن أرطأة، عن أبي الزبير، عن جابر ﵁ ، وفيه الحجاج وهو صدوق كثير الخطأ والتدليس، وأبو الزبير وهو صدوق يدلس، كما في «التقريب»، والحديث صحيح يتقوى بالحديث السابق ويشهد له أيضاً حديث ابن عمر ﵄ الذي بعده.

بأس إذا كان يدا بيد»[١]. رواه أحمد في «المسند». ولا خلاف في جواز الشراء بالأثمان نساء في سائر الأموال موزوناً كان أو غيره، لأنها رؤوس الأموال، فالحاجة داعية إلى الشراء بها نساءً وناجزاً.

فصل: فإن تفرقا قبل القبض فيما يشترط القبض فيه، بطل العقد، فإن تفرقا قبل قبض بعضه، بطل في غير المقبوض، وفي المقبوض وجهان، بناء على تفريق الصفقة. وما وجب التماثل فيه إذا بيع عيناً بعين، فوجد في أحدهما عيباً من غير جنسه، بطل البيع، لأنه يفوت التماثل المشترط، وإن كان البيع في الذمة جاز إبداله قبل التفرق، وهل يجوز بعد التفرق؟ فيه روايتان: إحداهما- يجوز إذا أخذ البدل في مجلس الرد، لأن قبض بدله يقوم مقامه. والثانية- يبطل العقد برده، لأنهما تفرقا قبل قبض العوض. وإن كان عيبه لمعنى لا ينقص ذاته، كالسواد في الفضة، والخشونة فيها، فالعقد صحيح، وليس له أخذ الأرش، لأنه يخل بالتماثل، وله الخيار بين فسخ العقد، والإمساك، وليس له أخذ البدل إن كان البيع عيناً بعين. وإن كان البيع في الذمة، فحكمه حكم القسم الذي قبله فأما ما لا يجب التماثل فيه فله أخذ أرشه، لأن التفاضل فيه جائز، وحكمه فيما سوى ذلك حكم ما قبله.



(١) **إسناده ضعيف.** رواه أحمد (٢/١٠٩) من طريق أبي جناب عن أبيه، عن ابن عمر رضي الله عنهما، وإسناده ضعيف، فيه أبو جناب يحيى بن أبي حية الكلبي وهو ضعيف لكثرة تدليسه، وأبوه أبو حية مقبول، كما في «التقريب»، وللحديث شواهد منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي سبق تخريجه قبل ثلاثة أحاديث، وحديث جابر السابق، وحديث أنس رضي الله عنه الذي رواه مسلم [١٣٦٥] في النكاح باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها، وفيه أن رسول الله ﷺ اشترى صفية بنت حيي من دحية الكلبي بسبعة أرؤس.

باب

بيع الأصول

من باع نخلاً مؤبراً فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، فتكون له ، وإن لم يؤبر، فهي للمشتري إلا أن يشترطها البائع فتكون له ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطا المبتاع»[١] متفق عليه . فجعل المؤبرة للبائع ، فدل على أن غير المؤبرة للمبتاع ، ولأنها قبل التأبير نماء كامن لظهوره غاية ، فتبع الأصل قبل ظهوره، ولم يتبعه بعده كالحمل. وطلع الفُحَّال[٢] كغيره ، ويحتمل أنه للبائع قبل تشققه، لأنه يوجد كذلك والطلع ظاهر، فهو كالتين، والصحيح الأول، للخبر ، ولأن المقصود ما في داخل الطلع للتلقيح ، ولم يظهر ، فتبع الأصل ، كطلع الإناث . فإن أبر بعض الحائط دون بعض ، فما أبر للبائع ، وما لم يؤبر للمشتري في ظاهر كلام أحمد وقول أبي بكر، للخبر ، وقال ابن حامد : الكل للبائع ، لأن اشتراكهما في الثمرة يؤدي إلى الضرر ، واختلاف الأيدي ، فجعلنا ما لم يظهر تبعاً للظاهر ، كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منها ، ولم يجعل الظاهر تبعاً للباطن ، كما لا تتبع الحيطان الأساس في منع البيع للجهالة . وإن كان المبيع حائطين ، لم يتبع أحدهما صاحبه ، لأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة ، لانفراد أحدهما من الآخر. فإن أبر نوع من الحائط لم يتبع النوع الآخر في قول القاضي ، لأن النوعين يختلفان في التأبير، وقال أبو الخطاب: يتبعه، لئلا يفضي إلى سوء المشاركة في الجنس الواحد. وإن أبر بعض ما في الحائط ، فأفرد بالبيع ما لم يؤبر ، فهو للمشتري ، لأنه لم يؤبر منه شيء ، وإن أبر بعض الحائط فباعه

---

(١) رواه البخاري [٢٢٠٤]، ومسلم [١٥٤٣]، وأبو داود [٣٤٣٤]، والترمذي [١٢٤٤]، والنسائي (٢٦١/٧)، وابن ماجه [٢٢١٠]، وأحمد (٩/٢).

(٢) ذكر النخل، وزان تفّاح، والجمع فحاحيل. (المصباح المنير).

ثم أطلع الباقى فى يد المشترى، فالطلع له ، لأنه حادث فى ملكه ، فكان له ، كما لو لم يؤبر منه شئ .

فصل : كل عقد ناقل للأصل، كجعله صداقاً، أو عوض خلع، أو أجرة، أو هبة، كالبيع فيما ذكرنا، لأنه عقد يزيل الملك عن الأصل، فأزاله عن الثمرة قبل الظهور، كالبيع .

فصل : وسائر الشجر على ستة أضرب : أحدها– ما يقصد زهره كالورد ، والقطن الذى يبقى أعواماً ، فهو كالنخل ، إن تفتحت أكمامه وتشقق جوزه ، فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى ، كالطلع سواء .

الضرب الثانى– ما له ثمرة بارزة كالعنب والتين ، فما كان منه ظاهراً فهو للبائع ، لأنها ثمرة ظاهرة ، فهى كالطلع المؤبر ، وما ظهر بعد العقد فهو للمشترى ، لأنه حدث فى ملكه .

الثالث– ما له قشر لا يزال إلا عند الأكل ، كالرمان والموز ، فهو للبائع إن كان ظهر ، لأن قشره من مصلحته ، فهو كأجزاء الثمرة .

الرابع – ما له قشران ، كالجوز واللوز ، فهو للبائع بنفس الظهور لأن قشره لا يزايله فى الغالب إلابعد جذاذه ، فهو كالرمان . وقال بعض أصحابنا : إن تشقق قشره الأعلى ، فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى ، لأنه لا يدخر فى قشره الأعلى ، بخلاف الرمان .

الخامس– ما يظهر ثمره فى نوره ، ثم يتناثر نوره فيظهر، كالتفاح والمشمش ، فما يتناثر نوره فهو للبائع ، وما لم يتناثر فهو للمشترى ، لأنه لا يظهر إلا بعد تناثر نوره ، فهو كتأبير النخل ، ويحتمل أنه للبائع بظهور نوره ، لأن استتار الثمرة بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض .

السادس– ما يقصد ورقه كالتوت ، فيحتمل أنه للمشترى بكل حال قياساً على سائر الورق ، ويحتمل أنه إن تفتح فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى ، لأنه ها هنا كالثمر.

فصل : وإذا اشترى شجراً عليه ثمرة للبائع ، لم يكلف نقلها إلى أوان جذاذها، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا لو اشترى متاعاً ليلاً ، لم يكلف نقله حتى يصبح ، ولو باع متاعاً كثيراً في دارٍ ، لم يكلف تفريغها إلا على حسب العادة ، ولم يلزمه جمع دواب البلد لينقله دفعة واحدة ، فإذا بلغ الجذاذ كلف نقله وإن كان بقاؤه أنفع له ، لأنه أمكن نقله عادة . وإن أصاب الشجر عطش خيف هلاكه ببقائه عليه ففيه وجهان: أحدهما : لا يلزم قطعه ، لأنهما دخلا في العقد على ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ. والثاني– يلزم قطعه، لأن المشترى رضى بذلك إذا لم يضر به ، وهذا فيه ضرر كثير . وإن أراد أحدهما سقى ما له لمصلحته ، فله ذلك وإن أضر بصاحبه ، لأنه رضى بالضرر لعلمه أنه لابد من السقى ، وإن سقى لغير مصلحته لم يمكن منه، لأنه سفه .

فصل : إذا باع أرضاً بحقوقها ، دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع، وإن لم يقل بحقوقها ، ففيه وجهان: أحدهما– يدخل أيضاً، لأنه متصل بها للبقاء فهو كأجزائها . والثاني : لا يدخل ، لأن الأرض اسم للعرصة[1] دون ما فيها . وإن قال: بعتك هذا البستان ، دخل الجميع في البيع ، لأن البستان اسم للأرض ذات الشجر ، وإن باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة ، كالحنطة والشعير والجزر والفجل ، لم يدخل في البيع ، لأنه غاء ظاهر لعضله غاية فلم يدخل في بيع الأرض، كالطلع المؤبر، وسواء كان نابتاً أو بذراً، لأن البذر مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها ، كالركاز ، ويكون الزرع مبقى إلى حين الحصاد ، كما أن الثمرة تبقى إلى الجذاذ ، فإن أراد البائع قطعه قبل وقته لينتفع بالأرض ، لم يكن له ذلك ، لأن منفعة الأرض إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ، ضرورة ابقاء الزرع ، فتقدرت ببقائه ، كما لو باع داراً فيها متاع لا ينقل في العادة إلا في شهر ، فتكلف نقله في يوم ، لينتفع بها في بقيته . والحصاد على البائع ، وعليه إزالة ما يبقى من

(١) البقعة الواسعة من الأرض التى ليس فيها بناء. (المصباح).

عروقه المضرة بالأرض ، وتسوية حفره ، لأنه حصل بفعله لاستصلاح ملكه، فأشبه من باع داراً فيها حجر للبائع ، فقلعه وتحفرت الأرض ، وإن اشترطها المشترى فى البيع ، كانت له كالثمرة المؤبرة ، ولا تضر جهالته ، لأنه دخل فى البيع تبعاً للأرض، فأشبه الثمرة بعد تأبيرها . وإن لم يعلم المشترى بالبذر ، فله الخيار ، لأنه عيب فى حقه لما يفوت عليه من نفع الأرض ، فإن قال البائع : أنا أحوله على وجه لا يضر وفعل ، سقط الخيار ، لزوال العيب ، وإن اشترى نخلاً ذات طلع مؤبر لم يعلم تأبيره ، فله الخيار أيضاً . وإن بذل البائع قطعه ، لم يسقط الخيار ، لأن الضرر لا يزول بقطعه ، لأنه يفوت عليه ثمرتها عاماً .

فصل : وإن كان فى الأرض ما له أصل يجز مرة بعد أخرى ، فالجزة الظاهرة عند البيع للبائع ، والأصول للمشترى ، سواء كان مما يبقى عاماً كالهندباء[1] ، أو أكثر كالرطبة ، لأن أصوله تركت للبقاء ، فهى كالشجرة . وما ظهر منه وجرت العادة بأخذه ، فهو كالثمرة المؤبرة ، وعلى البائع قطعه فى الحال، لأنه لا حد له ينتهى إليه ، ولأنه يطول، والزيادة للمشترى. وما تتكرر ثمرته مع بقاء أصله، كالقثاء والباذنجان والبطيخ ، أو يقصد زهره كالبنفسج ونحوه فكذلك، الأصول للمشترى، وثمرته الظاهرة وزهره للبائع ، لأنه تؤخذ ثمرته مع بقاء أصله ، فهو كالبقول .

فصل : وإن كان فى الأرض حجارة مدفونة ، أو ركاز لم يدخل فى البيع ، لأنه ليس من أجزائها ، إنما هو مودع فيها للنقل عنها ، فهو كالقماش . وإن كانت الأحجار من نفس الأرض ، أو أساسات الحيطان ، أو كان فيها معدن باطن ، كمعدن الذهب والفضة ، دخل فى البيع ، لأنه من أجزائها ، أو متروك للبقاء فيها ، فهو كالبناء .

فصل : فإن باعه داراً ، دخل فيها ما اتصل بها ، كالرفوف المسمرة ، والخوابى المدفونة فيها للانتفاع بها ، والحجر السفلانى من الرحا المنصوب، والأبواب المنصوبة،

(١) نوع من البقول. (اللسان).

وفي الحجر الفوقاني والمفتاح وجهان: أحدهما – يدخل ، لأنه من مصلحة ما هو داخل في البيع فهو كالباب. والثاني– لا يدخل ، لأنه ينفرد عنه ، فهو كالدلو. وما هو منفصل عنها مما ليس من مصلحتها ، كالدلو والحبل والبكرة والقفل لم يدخل في البيع ، لأنه منفصل عنها غير مختص بمصلحتها ، أشبه الفرش التي فيها. وإن باعه قرية لم تدخل مزارعها في البيع إلا بذكرها ، لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع .

باب
بيع الثمار

لا يجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.(١) متفق عليه . وفي لفظ : نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة.(٢) رواه مسلم . ولأن في بيعه غرراً من غير حاجة ، فلم يجز كما لو اشترط التبقية ، فإن باعها بشرط القطع ، جاز ، لأنه يأخذها قبل تلفها ، فيأمن الغرر . وإن باعها لمالك الأصل ، ففيه وجهان: أحدهما– يصح، لأنها تحصل لمالك الأرض فجاز كما لو باعهما معاً . والثاني– لا يصح ، لأنه أفردها بالعقد ، أشبه ما لو باعها لغيره، وإنما يصح إذا باعهما، لأنها تدخل تبعاً، كالحمل مع أمه . وإذا بدا الصلاح ، جاز بيعها بشرط القطع ، ومطلقاً ، وبشرط التبقية، للخبر ، ولأنه أمن العاهة ، فجاز بيعه كسائر الأموال .

---

(١) رواه البخاري [١٤٨٦]، ومسلم [١٥٣٤]، وأبو داود [٣٣٦٧]، والنسائي (٢٣١/٧)، وابن ماجه [٢٢١٤]، وأحمد (٧/٢).

(٢) رواه مسلم [١٥٣٥]، وأبو داود [٣٣٦٨]، والترمذي [٢٢٦]، والنسائي (٢٣٨/٧)، وأحمد (٥/٢)، من حديث ابن عمر رضي الله عنه بلفظ: نهى عن بيع النخل. – الحديث–.

فصل: وبدو الصلاح في ثمرة النخل أن تحمر، أو تصفر، وفي العنب أن يسود أو يتموه ، وفي الحب أن يشتد أو يبيض ، وفي سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ، أو يطيب، لما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب[١] متفق عليه . ونهى عن بيع الثمرة حتى تزهو ، قيل : وما تزهو ؟ قال : تحمار ، أو تصفار[٢] ونهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع العنب حتى يسود[٣] رواه الترمذي . وإذا بدا الصلاح في نوع ، جاز بيع ما في البستان منه، وعنه : لا يباع إلا ما بدا صلاحه للخبر، والأول أظهر ، لأن ذلك يؤدي إلى الضرر والمشقة وسوء المشاركة ، وفي بيع سائر الجنس وجهان، مضى توجيههما في التأبير . ولا يختلف المذهب في أن بدو الصلاح في بعض الشجرة صلاح لجميعها ، وأن بدو صلاح جنس ليس بصلاح لجنس آخر ، لأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة ، وإن بدا صلاح ثمرة بستان ، لم يكن صلاحاً لثمرة غيره ، وعنه : يكون صلاحاً لما قاربه ، لأنهما يتقاربان في الإدراك ، والمذهب الأول، لأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة. وإن بدا الصلاح في ثمرة بستان ، فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه ، لم يجز ، لأنه لم يبد صلاح شئ من المبيع ، أشبه البستان الآخر، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، لأنه يجوز بيعه مع غيره ، فجاز مفرداً كالذي بدا صلاحه .

فصل: وإذا ابتاع ثمراً أو زرعاً بعد صلاحه ، لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ ، لأن ذلك العادة في نقله فحمل البيع عليه ، كما ذكرنا في الثمر المؤبر. وإن احتاجت إلى سقي لزم البائع سقيها ، لأن عليه تسليمها في أوان حصادها ولا يحصل إلا بالسقي فلزمه ، بخلاف ثمرة البائع المؤبرة على أصول المشترى لا يلزمه سقيها، لأنه لا يلزمه تسليمها. وإن تلفت بجائحة فهي من ضمان البائع، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح.[٤] وفي لفظ قال : «إن بعت من أخيك

---

(١) رواه البخاري [٢١٨٩]، ومسلم [١٥٣٦]، وأحمد (٣/٣١٢) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) رواه البخاري [١٤٨٨]، ومسلم [١٥٥٥]، والنسائي (٧/٢٣٢)، وأحمد (٣/١١٥) من حديث أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. ولفظ: تحمار أو تصفار، هو من قول أنس رضي الله عنه .

(٣) سبق تخريجه (٢/١٤).

(٤) رواه مسلم [١٥٥٤]، وأبو داود [٣٣٧٤]، والنسائي (٧/٢٣٣)، وأحمد (٣/٣٠٩).

ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[(١)] رواهما مسلم . ولأنها توجد حالاً فحالاً فكانت من ضمان البائع ، كالمنافع في الإجارة، والجائحة : ما لا صنع للآدمي فيها . فإن أتلفها آدمي ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، وبين الإمساك ومطالبة المتلف بالقيمة ، وظاهر المذهب أنه لا فرق بين القليل والكثير ، إلا أن يكون التالف يسيراً جرت العادة بتلف مثله، قال أحمد : لا أقول في عشر تمرات ، ولا عشرين تمرة ، ولا أدري ما الثلث؟ وذلك لأن الشرع أمر بوضع الجوائح ، ولم يجعل له حداً فوجب رده إلى ما يتعارفه الناس جائحه. وعنه : أن ما دون الثلث من ضمان المشتري ، لأن الثمرة لابد أن يتلف شئ منها فلابد من حد فاصل . والثلث يصلح ضابطاً ، لقول النبي ﷺ : «والثلث كثير».[(٢)] وإن بلغت الثمرة أو الزرع أوان الحصاد فلم ينقل حتى هلك ، فهو من ضمان المشتري ، لأنه يلزمه النقل ، فكان التفريط منه فاختص الضمان به . وإن اختلفا في التلف أو في قدره ، فالقول قول البائع ، لأنه غارم ، ولأن الأصل السلامة. ولو اشترى الثمرة مع الشجرة ، أو الزرع مع الأرض، زال الضمان عن البائع بمجرد العقد ، لأنه حصل التسليم الكامل لتسليم الأصل ، فأشبه بيع الدار .

فصل : وإذا اشترى ثمرة شجرة فحدثت ثمرة أخرى ، فاختلطتا ولم يتميزا ، أو حنطة فانهالت عليها أخرى ، لم يبطل البيع ، لأن المبيع باق لكن انضاف إليه غيره، فأشبه ما لو اشتبه العبد المبيع بغيره ، ويشتركان كل واحد بقدر ماله إن علم قدره ، وإلا وقف الأمر حتى يصطلحا ، ويحتمل أن يبطل العقد لتعذر تسليم المستحق ، فأشبه تلف المبيع. ولو باع الأصل وعليه ثمرة له ، فحدث للمشتري ثمرة أخرى اختلطت بها ، لم يبطل العقد ، لأن المبيع هو الشجر ، ولم يختلط بغيره ، ويشتركان

---

(١) رواه مسلم [١٥٥٤]، وأبو داود [٣٤٧٠]، والنسائي (٧/٢٣٣)، وابن ماجه [٢٢١٩].

(٢) سبق تخريجه (١/٤١٧).

فى الثمرة كما بينًا . ولو باع ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ، فتركها حتى بدا صلاحها ، أو جزة من الرطبة فتركها حتى طالت، حيلة ، فالعقد باطل من أصله، نص عليه، لأن الحيل لا تجوز فى الدين ، وإن لم يكن حيلة ، ففيه روايتان . إحداهما– يبطل البيع، لأن التَّبْقية معنى حرم اشتراطه لحق الله تعالى ، فأبطل العقد حقيقة ، كالنسيئة فى الربويات . والثانية– لا يبطل ، لأنها زيادة فى عين المبيع فلم يبطل بها البيع ، كسمن العبد . قال القاضى : والزيادة للمشترى، لذلك . وعن أحمد : أنهما يشتركان فى الزيادة على كلتا الروايتين ، لحصولها فى ملك المشترى، بسبب الأصل الذى للبائع . وعنه : يتصدقان بها ، قال القاضى : هذا على سبيل الاستحباب ، لاشتباه الأمر فيها، فينظر ، كم قيمتها قبل بدو صلاحها وبعده ؟ فيشتركان فيها أو يتصدقان بها ، وإن جهلت القيمة ، وقف الأمر حتى يصطلحا.

فصل : وإذا كانت شجرة تحمل حملين ، فباع أحدهما عالماً أنه يحدث الآخر فيختلط بالأول ، فالبيع باطل ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيه الترك ، فيختلط بالآخر ويتعذر التسليم .

فصل : ولا يجوز بيع الرطبة ونحوها مما يثبت أصله فى الأرض ، ويؤخذ ما يظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى ، إلا أن يبيع الظاهر بشرط القطع فى الحال ، لأن ما فى الأرض مغيب ، وما يحدث منه معدوم ، فلم يجز بيعه ، كالذى يحدث من الثمرة . وإذا باع القثاء والباذنجان ونحوهما لقطة لقطة جاز ، ويكون للمشترى جميع اللقطة، وما حدث للبائع . قال القاضى : ويجوز بيع أصولها ، صغاراً كانت أو كباراً ، مثمرة أو غير مثمرة ، لأنه أصل تتكرر منه الثمرة فأشبه الشجر ، يكون حكمه حكم الشجر فى أن ما كان من ثمرته ظاهراً عند البيع ، فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشترى . ولا يجوز بيع الفجل والجزر ونحوهما فى الأرض ، لأن المقصود منها مغيب فأشبه بيع النوى فى التمر .



باب
المصراة

لا يحل بيع المصراة ، فإن باعها فالبيع صحيح ، فإن كانت من بهيمة الأنعام ولم يعلم المشترى ثم علم ، فهو مخير بين إمساكها وردها ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال : **«لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعهما فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»**[١] متفق عليه . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن به ، فأثبت الخيار كتسويد الشعر . قال أبو الخطاب : متى علم التصرية ، فله الخيار ، لأنه علم سبب الرد فملكه ، كما لو علم العيب . وقال القاضى : لا يثبت له الرد إلا عند انقضاء ثلاثة أيام ، لأن اللبن قد يختلف لاختلاف المكان ، وتغير العلف، فإذا مضت الثلاثة ، بانت التصرية ، وثبت الخيار على الفور . وقال ابن أبى موسى : إذا علم التصرية ، فله الخيار إلى تمام ثلاثة أيام، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : **«من اشترى مصراة ، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر»**[٢] رواه مسلم .

فصل : ويلزمه مع ردها صاع من تمر بدلاً عن اللبن الموجود حال العقد ، للخبر . ويكون جيداً غير معيب ، لأنه واجب بإطلاق الشرع ، فأشبه الواجب فى الفطرة ، وإن ردها قبل حلبها لم يلزمه شئ ، لأنه بدل اللبن ، ولم يأخذه ، وإن ردها بعد حلبها ، ولبنها موجود غير متغير ، ففيه وجهان: أحدهما– يرده ولا شئ عليه ، لأنه بحالة لا عيب فيه . والثانى– عليه صاع تمر ، ولا يلزم البائع قبول اللبن ، لأنه

---

(١) سبق تخريجه (١٩/٢)، وهو إحدى طرق حديث: «لا تلقوا الركبان».

(٢) رواه مسلم [١٥٢٤]، وأبو داود [٣٤٤٤]، والترمذى [١٢٥٢]، والنسائى (٢٢٣/٧)، وابن ماجه [٢٢٣٩]، وأحمد (٥٠٧/٢).

يسرع إليه التغير ، وكونه في الضرع أحفظ له ، فإن تغير اللبن فعليه التمر، ولا يلزم البائع قبول اللبن لتغيره ، وقال القاضى : يلزمه قبوله ، لأن النقص فيه حصل باستعلام المبيع . فإن لم يقدر على التمر، فقيمته في الموضع الذى وقع عليه العقد لأنه بمنزلة عين أتلفها ، ولو رضى بالتصرية وأصاب عيباً سواها فله ردها ، لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بما سواه، وعليه مع الرد صاع تمر ، لأنه عوض من لبن التصرية، فيكون عوضاً له مطلقاً ويحتمل أن لا يلزمه ها هنا إلا مثل اللبن، لأن الأصل وجوب ضمان اللبن بمثله، خولف فيما إذا رد المصراة من أجل التصرية للخبر، ففيما إذا ردها بعيب آخر يبقى على الأصل، كما لو كانت غير مصراة وفيها لبن. وإن اشترى شاة غير مصراة ، فحدث لها لبن فاحتلبه ، ثم ردها بعيب ، فلا شئ عليه ، لأن اللبن حدث فى ملكه ، وإن كان فيها لبن يسير لا يخلو الضرع من مثله ، فلا شئ فيه ، لأن مثل هذا لا عبرة به . وإن كان كثيراً فعليه مثله ، لأن الأصل ضمان اللبن بمثله ، فلا يبطل بمخالفته فى لبن التصرية ، وإن كان باقياً فرده ابتنى على رد لبن التصرية، لما ذكرنا، وإن قلنا: لا يرده، فبقاؤه كتلفه. وهل له رد المبيع؟ يخرج على الروايتين فيمن اشترى ثوباً فقطعه، ثم علم عيبه.

فصل : فإن كانت المصراة أمة ، أو أتاناً ، ففيه وجهان : أحدهما– لا رد له، لأن لبنهما لا عوض له ، ولا يقصد حلبها قصد لبن الأنعام. والثانى– له الرد، لأن الثمن يختلف بذلك ، لأن لبن الأمة يحسن ثديها ، ويرغب فيها ظئراً ، ولبن الأتان يراد لولدها ، فإن ردها فلا شئ عليه للبنها ، لأنه لا قيمة له .

فصل : وكل تدليس بما يختلف به الثمن يثبت خيار الرد ، قياساً على التصرية كتجعيد شعر الجارية ، وتسويده، وتحمير خدها ، وجمع الماء على الرحى وقت عرضها على المشترى . فإن حصل ذلك بغير قصد ، كاجتماع اللبن فى الضرع بغير تصرية ، واحمرار وجه الجارية للخجل ، أو تعب ، فهو كالتدليس ، لأن الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشترى ، فلم يختلف بالقصد وعدمه ، كالعيب ، وإن رضى المشترى بالمدلس، فلا أرش له ، لأن النبى ﷺ خير بين إمساك المصراة بغير شئ ، وردها مع التمر .

فصل : وإن دلس بما لا يختلف به الثمن ، كتبييض الشعر ، وتسبيطه ، فلا خيار للمشترى ، لأنه لا ضرر فى ذلك . وإن علف شاة فظنها المشترى حاملاً ، أو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً ، أو حداداً ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة ، فظنها كثيرة اللبن ، فلا خيار له ، لأن ذلك لا ينحصر فيما ظنه المشترى ، فإن سواد الأنامل قد يكون لولع ، أو خدمة كاتب ، أو حداد ، أو شروعه فى ذلك ، وانتفاخ البطن يكون للأكل ، فظن المشترى غير ذلك طمعاً لا يثبت له خياراً .

بَابُ
الرّد بالعَيب

من علم بسلعته عيباً ، لم يحل له بيعها حتى يبينه ، لقول النبى ﷺ : **«المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له»**[1] رواه ابن ماجه . فإن باع ولم يبين ، فالبيع صحيح ، لأن النبى ﷺ صحح بيع المصراة مع نهيه عنه . وحكى عن أبى بكر : أن البيع باطل لظاهر النهى ، ومن اشترى معيباً أو مصراة أو مدلساً يعلم حاله ، فلا خيار له ، لأنه بذل الثمن فيه راضياً به عوضاً ، فأشبه ما لا عيب فيه . وإن لم يعلم ، فله الخيار بين رده وأخذ الثمن ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ، فيثبت له الرجوع بالثمن ، كما فى المصراة، وبين إمساكه المعيب، وأخذ أرشه ، لأن الجزء الفائت بالعيب يقابله جزء من الثمن، فإذا لم يسلم له كان له ما يقابله، كما لو تلف فى يده . ومعنى الأرش : أن ينظر ما بين قيمته

---

(١) **صحيح.** رواه ابن ماجه [٢٢٤٦]، والحاكم (٨/٢)، والبيهقى (٣٢٠/٥) من طريق يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبى صبيب، عن عبد الرحمن بن شماسة، عن عقبة بن عامر رضي الله عنه . ورجاله ثقات غير يحيى بن أيوب الغافقى، وهو صدوق ربما أخطأ، كما فى «التقريب» . وتابعه ابن لهيعة أخرجه أحمد (١٥٨/٤)، والحديث صحيح كما قال السبكى فى «المجموع» (٢٩٩/١١).

سليماً ومعيباً فيؤخذ قدره من الثمن، فإذا نقصه العيب عشر قيمته ، فأرشه عشر ثمنه، لأن ذلك هو المقابل للجزء الفائت .

فصل : فإن نما المبيع نماء متصلاً كالسمن، والكبر ، والتعلم، والحمل، والثمرة قبل الظهور ، وأراد الرد، رده بزيادته ، لأنها لا تنفرد عن الأصل فى الملك فلم يجز رده دونها . وإن كانت منفصلة ، كالكسب، واللبن، وما يوهب له ، والولد المنفصل ، والثمرة الظاهرة ، رد الأصل وأمسك النماء . وعنه : ليس له رده دون نمائه ، والأول المذهب، لما روت عائشة رضي الله عنها : أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده . فقال البائع: يا رسول الله إنه استغل غلامى ، فقال له رسول الله ﷺ : **«الخراج بالضمان»**[1] رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن صحيح. . إلا أن الولد، إن كان لآدمية ، لم يملك ردها دونه، لأن فيه تفريقاً بينهما. وذكر الشريف أن له ردها ، لأنه موضع حاجة، أشبه من ولدت حراً فباعها دونه، والأول أولى ، لأن الجمع ممكن بأخذ الأرش أو ردهما معاً . فإن كان المبيع حاملاً فولدت عند المشترى، ثم ردها، رد الولد معها، لأنه من جملة المبيع، والولادة نماء متصل.

فصل : وإن تعيب المبيع عند المشترى ، ففيه روايتان: إحداهما— له أرش العيب وليس له رده، لأن فى رده ضرراً ، فلا يزال الضرر بالضرر . والثانية— يرده ، وأرش العيب الحادث عنده ، ويأخذ الثمن ، لأن النبى ﷺ أمر برد المصراة بعد أخذ لبنها ، ورد عوضه ، ولأن جواز الرد كان ثابتاً ، فلا يزول إلا بدليل ، ولا نص فى منع الرد ، ولا قياس فبقى بحاله . فإن دلس البائع العيب فتعيب عند المشترى ، أو تلف بفعله أو غيره ، فالمنصوص أنه يرجع بالثمن ولا شئ عليه ، لأنه مغرور ، والقياس يقتضى التسوية بين المدلس وغيره ، لأن النبى ﷺ أوجب على مشترى المصراة عوض لبنها مع التدليس ، وجعل الخراج بالضمان ، ولم يفرق بين مدلس وغيره . وعن الإمام أحمد: أن المبيع إذا كان كاتباً أو صانعاً فنسى عند المشترى ، يرده بالعيب ، ولا شئ معه. وهذا يحتمل أن يكون فيمن دلس العيب دون غيره ، لأن الصناعة والكتابة

(١) سبق تخريجه (٢/٣٩).

متقومة تضمن في الغصب، وعلله القاضي : بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن تذكره فيعود .

فصل : وما تعيب قبل قبضه ، وهو مما يدخل في ضمان المشترى ، فهو كالعيب الحادث في يده . وإن كان مما ضمانه على البائع ، فهو كالعيب القديم ، لأن من ضمن جملة المبيع ضمن أجزاءه .

فصل : وإن وطئ المشترى الأمة ، ففيه روايتان: إحداهما- ليس له ردها وله الأرش ، لأن الوطء يجرى مجرى الجناية ، لأنه لا يخلو من عقر أو عقوبة . والثانية- له ردها إن كانت ثيباً ولا شئ معها ، لأنه معنى لا ينقص عينها ، ولا قيمتها ، ولا يتضمن الرضى بالعيب ، فأشبه الاستخدام، وإن كانت بكراً فهو كتعييبها عنده، فإن ردها رد أرش نقصها كما لو عابت عنده .

فصل : فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع ، لقتل أو غيره، أو أعتقه، أو وقفه، أو أبق، أو باعه ، أو وهبه ، فله الأرش ، لأنه تعذر عليه الرد. وإن فعل ذلك مع علمه بالعيب ، فلا أرش له ، لرضاه به معيباً، ذكره القاضي. وقال أبو الخطاب: في البيع والهبة رواية أخرى: أن له الأرش، ولا يعتبر علمه، وهو قياس المذهب ، لأننا جوزنا له إمساكه بالأرش ، وتصرفه فيه كإمساكه . وإن باعه قبل العلم ، ثم رجع إليه ببيع أو غيره ، فله رده أو أرشه ، لأن ذلك امتنع عليه، بخروجه من ملكه ، وبرجوعه إليه عاد الإمكان .

فصل: فإن باع بعضه أو وهبه ، فله أرش الباقى ، فأما أرش ما باعه ، فينبنى على أرش ما قلنا في بيع الجميع، وفي جواز رد الباقى بحصته من الثمن روايتان: إحداهما- يجوز، ذكره الخرقى ، لأن رده ممكن. والأخرى- لا يجوز ، لأن فيه تبعيض الصفقة على البائع ، فلم يجز، كما لو كان المبيع عينين ينقصهما التفريق. ولو اشترى شيئين فوجد بأحدهما عيباً ، فله ردهما معاً، أو إمساكهما ، وأخذ الأرش، فإن أراد رد المعيب وحده ، ففيه الروايتان ، إلا أن يكون مما ينقصهما التفريق

كمصراعى باب ، أو زوجى خف ، أو مما لا يحل التفريق بينهما ، كالأخوين، فليس له إلا ردهما أو إمساكهما مع الأرش ، لأن فى رد أحدهما تفريقا محرماً ، أو إضراراً بالبائع ، لنقصان قيمة المردود بالتفريق. وإن تلف أحد المبيعين ووجد بالآخر عيباً ، فعلى الروايتين . وإن اختلفا فى قيمة التالف ، فالقول قول المشترى ، لأنه كالغارم ، فهو كالمستعير والغاصب. وإن كانا معيبين باقيين ، فأراد رد أحدهما وحده ، فهى كالتى قبلها، وقال القاضى : ليس له رد أحدهما ، لأنه أمكنه ردهما معاً . ولو كان المبيع عيناً واحدة فأراد رد بعضها ، لم يملك ذلك وجهاً واحداً ، لأن فيه تشقيص المبيع على البائع ، وإلحاقاً لضرر الشركة به .

فصل : وإذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما ، ففيها روايتان: إحداهما— للآخر رد نصيبه ، لأنه جميع ما ملكه بالعقد فملك رده بذلك ، كما لو انفرد . والأخرى— ليس له رده ، لأن المبيع خرج من ملك البائع كاملاً فلم يملك المشترى رده مشقصاً، كما لو اشترى العين كلها ثم رد بعضها . ولو ورث اثنان خيار عيب فى سلعة ، فرضى أحدهما سقط رد الآخر ، لأن العقد عليها واحد ، بخلاف شراء الإثنين ، فإنه عقدان . وإن اشترى واحد من اثنين شيئاً فوجده معيباً ، فله رد نصيب أحدهما عليه منفرداً ، لأنه يرد عليه جميع ما باعه .

فصل : ومن اشترى معيباً فزال عيبه قبل رده ، مثل أن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج ، فلاخيار له ، نص عليه أحمد ، لأن الضرر زال . و لو اشترى مصراة فصار لبنها عادة ، فلاخيار له، لذلك. فإن قال البائع : أنا أزيل العيب ، مثل أن يشترى أرضاً فيها حجارة تضرها ، فقال البائع : أنا أقلعها فى مدة لا أجرة لها ، أو اشترى أرضاً فيها بذر للبائع ، فقال البائع: أنا أحوله ، سقط الرد ، لأن الضرر يزول من غير ضرر.

فصل : ذكر القاضى ما يدل على أن فى خيار العيب روايتين: إحداهما— هو على التراخى ، لأنه خيار لدفع الضرر المتحقق ، فكان على التراخى ، كخيار القصاص، فعلى هذا هو على خياره ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف على ما ذكرنا فى باب الخيار .

والثانية– هو على الفور ، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فأشبه خيار الشفعة . ولو حلب لبنها الحادث أو ركبها ليردها أو ليختبرها ، لم يكن رضا، لأنه حق له إلى أن يرد ، فلم يمنع منه .

فصل : وله الرد من غير رضى صاحبه ولا حضوره ، لأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتبر ذلك فيه ،كالطلاق . ويجوز من غير حكم حاكم ، لأنه مجمع عليه ، فلم يحتج إلى حاكم ، كفسخ المعتقَة النكاح .

فصل : والعيوب هي النقائص المعدودة عيباً ، فما خفي منها ، رجع إلى أهل الخبرة به . فمن العيوب في الخلقة المرض ، والجنون، والجذام، والبرص، والعمى، والعَوَر ، والعرج، والعَفَل[١] والقرع، والصمم، والخرس ، والأصبع الزائدة والناقصة ، والحول، والخَوَص[٢] والسَّبَل ، وهو زيادة في الأجفان، والبَخَر[٣] ، والخصاء، والتخنيث وكونه خنثى، والحمق البات ، والتزوج في الرقيق . فأما عدم الختان فليس بعيب في الصغير ، لأنه لم يفت وقته ، ولا في الكبير المجلوب ، لأن ذلك عادتهم ، وهو عيب في الكبير المولود في بلاد الإسلام ، لأن عادتهم الختان، والكبير يخاف عليه، وأما العيوب المنسوبة إلى فعله كالسرقة، والإباق، والبول في الفراش فإن كانت من مميز جاوز العشر ، فهو عيب ، لأنه يذهب بمال سيده أو يفسد فراشه، وليس عيباً في الصغير، لأنه لا يكون لضعف بنيته أو عقله. والزنا عيب، لأنه يوجب الحد، وكذلك شرب المسكر. والحمل عيب في الأمة ، لأنه يخاف منه عليها ، وليس بعيب في غيرها لعدم ذلك فيها. والثيوبة، وكون الأمة لا تحيض، ليس بعيب ، لأن الإطلاق لا يقتضي وجود ذلك ولا عدمه ، وكذلك كونها محرَّمة على المشتري

---

(١) شيء مدور يخرج بالفرج. (اللسان) وقيل: لحم ينبت في قُبُل المرأة ـ ويكون بعد ولادتها ـ ويسمى أيضاً القَرَن. ويقال: عفلت المرأة إذا خرج من فرجها شيء يشبه أدرة الرجل. (المصباح).

(٢) بفتحتين: ضيق العين وغؤورها. (المصباح).

(٣) بَخِر الفم بَخَرًا: أنتنت ريحه فالذكر أبخر والأنثى بخراء والجمع بُخْر. (المصباح).

بنسب، أو رضاع، أو إحرام أو عدة ، لأن ما يختص بالمشترى لا ينقص ثمنها ، وسائر ذلك يزول عن قرب ومعرفة الغناء والحجامة، ليس بعيب ، لأن النقص فعل ذلك لا العلم به . والكفر وكونه ولد زنا ليس بعيب ، لأن الأصل في الرقيق الكفر ، ولا يقصد فيهم النسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ والخبز ليس بعيب ، لأن هذا صناعة ، فالجهل به كالجهل بسائر الصنائع .

فصل : وإن شرط فى المبيع صفة مقصودة ، مثل أن يشرط الأمة بكراً أو جَعْدَة، أو العبد كاتباً، أو ذا صناعة، أو فحلاً ، أو خصياً، أو مسلماً ، والدابة همْلاجة[1] ، أو الفهد صيوداً ، أو الشاة لبوناً ، فبان بخلاف ذلك ، فله الرد ، لأنه لم يسلم له ما بذل الثمن فيه ، فملك الرد ، كما لو وجده معيباً . وإن شرط الأمة سبطة[2] أو جاهلة ، فبانت جعدة أو عالمة ، فلا خيار له ، لأنها زيادة. وإن شرطها ثيباً فبانت بكراً فكذلك ، ويحتمل أن له الخيار ، لأنه قد يشترط الثيوبة لعجزه عن البكر ، وإن شرطها كافرة فبانت مسلمة ، ففيه وجهان: أحدهما — لا خيار له ، لأنها زيادة. والثانى— له الخيار، لأنه يتعلق به غرض صحيح ، وهو صلاحها للمسلم والكافر. وإن شرطها حاملاً صح، وقال القاضى : قياس المذهب أنه لا يصح ، لأن الحمل لا حكم له ، والصحيح الأول ، فإن النبى ﷺ حكم فى الدية بأربعين خلفة فى بطونها أولادها[3] ، ولأن الحمل يثبت الرد فى المبيعة، ويوجب النفقة للمبتوتة ، ويمنع كون الدم فيه حيضاً ، وطلاق البدعة، ويجوز الفطر فى رمضان للخوف عليه ، ويمنع إقامة الحد والقصاص وإن شرط فى الطير أنه مصوت ، أو فى الديك أنه يصيح فى وقت من الليل ، صح، لأن ذلك عادة له ، فجرى مجرى الصيد فى الفهد ، وقال بعض أصحابنا : لا يصح ، لأنه يجوز أن يوجد وأن لا يوجد . وإن شرط أنه يجئ من مسافة

(١) أى حسنة السير. (المصباح)

(٢) أى مسترسل الشعر. (المصباح).

(٣) **صحيح.** رواه أبو داود [٤٥٤٧]، والنسائى (٣٦/٨)، وابن ماجه [٢٦٢٧]، وأحمد (١٦٤/٢)، وابن حبان [٦٠١١]، والبيهقى (٤٥/٨) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ ، وصححه ابن القطان فى «بيان الوهم»(٤١٠/٥) وابن حبان كما قال الحافظ فى «التلخيص» (١٥/٤).

ذكرها، صح ، لأن ذلك عادة له، وفيه قصد صحيح ، لتبليغ الأخبار ، فهو كالصيد في الفهد، وقال القاضي : لا يصح ، لأنه تعذيب للحيوان . فإن شرط الغناء في الأمة، وفي الكبش أنه مناطح ، وفي الديك أنه مقاتل ، لم يصح لأنه منهي عنه، فهو كالزنا في الأمة .

فصل : وإذا اشترى ما مأكوله في جوفه، فوجده معيباً، فله الرد . وعنه : لا شئ له ، لأنه لا تدليس من البائع ، ولا يمكنه معرفة باطنه ، والأول أصح ، لأن عقد البيع اقتضى السلامة ، فإذا بان معيباً ، ملك رده كالعبد . وإن كان مما لا قيمة له ، كبيض الدجاج ، والجوز الخرب ، والرمان الفاسد ، رجع في الثمن كله ، لأن هذا ليس بمال فبيعه فاسد ، كالحشرات . وإن كان الفاسد في بعضه ، رجع بقسطه . وإن كان مما لمكسوره قيمة ، كجوز الهند وبيض النعام ، فقال الخرقي : يرجع بالثمن وعليه أرش الكسر ، كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه ، واختار القاضي : أنه إن كان الكسر لا يزيد على ما يحصل به استعلام المبيع ، رده، ولاشئ عليه ، لأن ذلك حصل ضرورة استعلام المبيع ، والبائع سلطه عليه فلم يمنع ارد كحلب لبن المصراة، وإن زاد على ذلك خرج فيه روايتان ، كسائر المعيب الذى يعيب عنده .

فصل : وإن اشترى ثوباً لا ينقصه نشره فنشره ، فله رده بالعيب ، وإن كان ذلك ينقصه فهو كجوز الهند . وإن صبغ الثوب ثم وجده معيباً فله الأرش لا غير . وعنه: يرده ويكون شريكاً للبائع بقيمة الصبغ . وعنه : يرده ويأخذ زيادته بالصبغ . والأول المذهب ، لأن إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة ، فلم يجز، لقول الله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] .

فصل : إذا اشترط البائع البراءة من كل عيب، لم يبرأ، لأن البراءة مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط ، فلم يثبت مع الجهالة، كالأجل ، وعنه : يبرأ ، إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه ، لما روى أن ابن عمر رضي الله عنه باع عبداً من زيد بن ثابت بشرط البراءة بثمانمائة درهم ، فأصاب به عيباً ، فأراد رده على ابن عمر ، فلم يقبله ، فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه ، فقال عثمان لابن عمر رضي الله عنه :أتحلف أنك لم

تعلم بهذا العيب ، فقال : لا ، فرده عليه[١] . وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ويتخرج أن يبرأ مطلقاً بناء على قوله فى صحة البراءة من المجهول ، ولأنه إسقاط حق من مجهول لا تسليم فيه ، فصح كالعتاق . وإن قلنا بفساد الشرط فالبيع صحيح ، لأن ابن عمر باع بشرط البراءة ، فأجمعوا على صحته ، ويتخرج فساده بناء على الشروط الفاسدة .

باب
بيع المرابحة والمواضعة والتولية والإقالة

بيع المرابحة : أن تخبر برأس المال ثم تبيع به وبربح معلوم، فيقول: رأس مالى فيه مائة، بعتكه بها وربح عشرة ، فهذا جائز غير مكروه ، لأن الثمن معلوم. وإن قال: بعتكه بها وربح درهم فى كل عشرة ، أو قال: ده يازده ، أو ده دوازده، فهو صحيح أيضاً، لأن الثمن معلوم، فهى كالتى قبلها، لكن كرهه أحمد، لأن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم كرهاه ، لأنه بيع الأعاجم، ولأن الثمن قد لا يعلم فى الحال .

فصل : ولا يخبر إلا بما يلزم من الثمن، وما يزاد فيه فى مدة الخيار يخبر به ، لأنه من الثمن، وما حط عنه فى مدة الخيار ، نقصه، لذلك، وما كان بعد لزوم العقد لا يخبر به ، لأنه تبرع من أحد المتعاقدين لا يلزمه ، فلم يخبر به كما لو وهبه شيئاً. وإن نمت العين لم يزد على رأس المال ، فإن كان النماء منفصلاً ، لم تنقص به

(١) **صحيح.** رواه مالك فى «الموطأ» (ص: ٣٧٩)، وابن أبى شيبة (٦/٣٠١)، والبيهقى (٥/٣٢٨)، من طريق يحيى بن سعيد، عن سالم بن عبد الله عن أبيه. وصححه البيهقى.

العـين ، فله أخذه ويخبر برأس المال ، لأنه فى مقابلة العين دون نمائها . وعنه : أنه يبين ذلك ، لأنه أبعد من اللبس . وإن عمل فى العين عملاً من قصارة ، أو خياطة أو حمل ، أخبر بالحال على وجهه ، سواء عمله بنفسه أو بأجرة ، قال الإمام أحمد: يبين ما اشتراه وما لزمه، فإن ضم ذلك إلى رأس المال وأخبر أنه اشترى به ، لم يجز ، لأنه كذب . وإن قال : تحصل على بكذا ، لم يجز فيما عمله بنفسه ، لأنه كذب . وجاز فيما استأجر عليه فى أحد الوجهين ، لأنه صادق ، والوجه الآخر: لا يجوز ، وهوظاهر كلام أحمد ، لأن فيه تلبيساً، فلعل المشترى لو علم الحال لم يرغب فيه ، من كون ذلك العمل مما لا حاجة به إليه ، فأشبه ما أنفقه عليه فى مؤنته وكسوته ، فإنه لا يجوز الإخبار به وجهاً واحداً ، وكذلك كرى مخزنه وحافظه ، إلا أن يخبر بالحال على وجهه ، فإن ذلك لا يزيد فى ثمنه.

فصل: فإن نقص المبيع لمرض ، أو تلف جزء ، أو تعيب، أو وجد به عيباً ، أو جنى عليه فأخذ الأرش ، أخبر بالحال على وجهه . وقال أبو الخطاب : يحط الأرش من الثمن ، ويخبر بما بقى فيقول : تقوم على بكذا، والأول أولى ، لأنه أبعد من اللبس ، والفرق بين الأرش والكسب ، أن الأرش عوض نقص، فهو كثمن جزء بيع منه ، والكسب لم ينقص به المبيع . ولو جنى العبد ففداه المشترى ، لم يزد ذلك فى رأس المال ، لأنه ليس من الثمن ولا زاد به البيع. وإن نقص المبيع لتغير الأسعار فقال أصحابنا : لا يلزمه الخبر به ، لأنه صادق بدونه، والأولى أنه يلزمه ، لأن المشترى لو علم ذلك لم يرض به ، فجرى مجرى نقصه بعيب . وإن حط بعض رأس المال ، وأخبر بالباقى، لم يجز ، لأنه كذب وتغرير بالمشترى .

فصل: فإن اشترى اثنان شيئاً وتقاسماه ، فقال أحمد : لا يبيع أحدهما مرابحة، إلا أن يقول: اشتريناه جماعة ثم تقاسمناه . وإن اشترى شيئين بثمن واحد وأراد بيع أحدهما ، أو اشترى شجرة مثمرة وأخذ ثمرتها، أو شاة فأخذ صوفها ، أو لبنها الذى كان فيها ، ثم أراد بيع الأصل مرابحة ؛ أخبر بالحال على وجهه ، ولا يجوز

بيعه بحصته من الثمن ، لأن قسمة الثمن طريقه الظن ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، ومبنى المرابحة على الأمانة ، فلم يجز هذا فيه . فإن كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، كالمكيل والموزون من جنس واحد، جاز بيع بعض بحصته من الثمن ، لأنه ينقسم على أجزائه ، وجزؤه معلوم يقيناً . وإن أسلم فى ثوبين بصفة واحدة ثمناً واحداً، فأخذهما على الصفة، فالقياس جواز بيع أحدهما بحصته من الثمن ، لأن الثمن منقسم عليهما نصفين ، وما زاد على الصفة فى أحدهما ، لم يقابله شئ من الثمن ، فجرى مجرى النماء الحادث بعد الشراء .

فصل : فإن اشترى من ابنه، أو ممن لا تقبل شهادته له ، لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، لأنه متهم فى حقهم أنه يحابيهم ، وإن اشتراه من غلام دكانه أو غيره حيلة ، لم يجز بيعه مرابحة ، وإن لم يكن حيلة ، جاز ، لأنه لا تهمة فى حقه.

فصل : وإن اشترى شيئاً ثم باعه بربح ، ثم اشتراه ، فأعجب أحمد أن يخبر بالحال على وجهه ، أو يطرح الربح من الثمن الثانى ، ويخبر بما بقى ، لأن هذا مذهب ابن سيرين ، ولأن الربح أحد نوعى نماء الثمن ، فيخبر به فى المرابحة كالولد والثمرة ، ولعل هذا من أحمد على سبيل الاستحباب ، لأنه أبلغ فى البيان . ويجوز الإخبار بالثمن الثانى وحده ، لأنه الثمن الذى حصل هذا الملك به، فجاز الخبر به وحده، كما لو خسر فيها .

فصل : فإن بان للمشترى أن البائع أخبر بأكثر من رأس المال ، فالبيع صحيح، لأنه زاد فى الثمن فلم يمنع صحته كالتصرية، ويرجع عليه بالزيادة وحظها من الربح، لأنه باع برأس ماله وما قرره من الربح، فإذا بان رأس المال ، كان مبيعاً به وبحصة من الربح. وإن اختار المشترى رد المبيع ، فله ذلك ، نص عليه ، لأنه ربما كان غرضه الشراء لسلعة واحدة بجميع الثمن ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له ، لأنه رضى المبيع بثمن فحصل له بدونه ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى معيباً فبان صحيحاً فأما البائع، فلا خيار له ، لأنه باع برأس ماله وحصة من الربح، وحصل له ما عقد به

وفي سائر ما يلزمه الإخبار بالحال على وجهه ، فلم يفعل ، يخير المشترى بين أخذه بما اشترى به ، وبين الفسخ ، لأنه ليس للمبيع ثمن غير ما عقد به. وإن اشتراه بثمن مؤجل فلم يبين ، فعنه: أنه مخير بين الفسخ، وأخذه بالثمن حالاً ، لأن البائع لم يرض بذمة المشترى ، فلا يلزمه الرضا بها . وعنه : يخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلاً ، لأنه الثمن الذى اشترى به البائع ، والتأجيل صفة، فأشبه المخبر بزيادة فى القدر ، وإن علم ذلك بعد تلف المبيع ، حبس المال بقدر الأجل.

فصل : وإن أخبر بثمن ثم قال : غلطت والثمن أكثر ، ففيه ثلاث روايات- إحداهن- لا يقبل قوله إلا ببينة ، لأنه مقر على نفسه فلم يقبل قوله فى الغلط إلا ببينة ، كالمضارب يقر بربح . والثانية- إن كان معروفاً بالصدق ، قبل قوله ، وإلا فلا، لأنه لما دخل معه فى المرابحة فقد ائتمنه ، والقول قول الأمين مع يمينه . والثالثة- لا يقبل قوله، وإن أقام به بينة، ما لم يصدقه المشترى، لإقراره، ابتداءً بكذب بينته، فأشبه ما لو أقر بدين . فإن قلنا بقبول بينته، فقال المشترى : أحلفوه أنه وقت البيع لم يعلم أن ثمنها أكثر ، فعلى البائع اليمين ، فإن نكل أو أقر ، لم يكن له غير ما وقع عليه العقد ، لأنه عقد بهذا الثمن عالماً ، فلم يكن له غيره ، كالمشترى إذا علم العيب حال الشراء ، وإن حلف ، خير المشترى بين فسخ العقد ، لأنه لم يرضه بأكثر مما بذل وبين إمضائه مع إعطائه ما غلط به وحظه من الربح ، لأن البائع إنما باعها بهذا الثمن ظناً أنه رأس المال، فإذا بان أنه أكثر فعليه ضرر فى النقصان منه . وإذا أخذها المشترى بذلك ، فلا خيار للبائع ، لأنه قد زال عنه الضرر بإلزام المشترى ما غلط به ، وإن اختار الفسخ فقال البائع : أنا أسقط الزيادة عنك ، سقط الفسخ ، لأنه قد بذلها له بالثمن الذى وقع عليه العقد وتراضيا به .

فصل : وبيع التولية هو البيع بمثل الثمن الذى اشترى به ، وحكمه حكم المرابحة فيما ذكرناه ، ويصح بلفظ البيع ، وبلفظ التولية ، لأنه مؤد لمعناه . قال

أحمد : ولا بأس ببيع الرقم ، وهو الثمن الذى يكتب على الثوب، ولابد من علمه حال العقد ليكون معلوماً، فإن لم يعلم فالبيع باطل ، لأن الثمن مجهول. وقال: المساومة عندى أسهل من المرابحة ، لأن بيع المرابحة يعتريه أمانة واسترسال من المشترى ، ويحتاج إلى تحرى الصدق واجتناب الريبة . وقال فى رجلين اشتريا ثوباً بعشرين ، ثم اشتراه أحدهما من صاحبه باثنين وعشرين : فإنه يخبر بالمرابحة بإحدى وعشرين ، لأنه اشترى نصفه بعشرة ، ونصفه بأحد عشر .

فصل: المواضعة : أن يخبر برأس المال، ثم يبيعه به بوضيعة كذا، أو يقول: ووضيعة درهم من كل عشرة، وحكمه حكم المرابحة فى تفصيله، وإذا قال: رأس مالى فيه مائة بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة، فالثمن تسعون. لأن المحطوط العشر، وعشر المائة عشرة، وإن قال : بوضيعة درهم لكل عشرة ، كان الحط من كل أحد عشر درهماً، درهماً، والباقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، لأنه إذا قال: بوضيعة درهم لكل عشرة، كان الدرهم من غيرها ، فيكون من كل أحد عشر درهماً درهم ، وإذا قال: من كل عشرة، كان الحط منها فيكون عشرها .

فصل : وإذا اشترى نصف عبد بعشرة ، واشترى آخر نصفه بعشرين ، ثم باعاه بثمن واحد مساومة ، فالثمن بينهما نصفان ، لأنه عوض عنه فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيه . وإن باعاه مرابحة ، فكذلك فى إحد الروايتين لذلك. والأخرى- هو بينهما على قدر رءوس أموالهما ، لأن بيع المرابحة تقتضى كون الثمن فى مقابلة كل واحد منهما ، وقيل : المذهب رواية واحدة ، أنه بينهما نصفان، والقول الآخر وجه خرّجه أبو بكر .

فصل : وإقالة النادم فى البيع مستحبة ، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : «من أقال نادماً بيعته ، أقاله الله عثرته يوم القيامة»[1] رواه أبو داود وابن ماجه إلا أن أبا داود لم يقل: «يوم القيامة». وهى فسخ فى أصح الروايتين . وعنه : أنها بيع ، لأنها

---

(١) **صحيح.** رواه ابن حبان [٥٠٢٩] بهذا اللفظ، ورواه أبو داود [٣٤٦٠]، والحاكم (٢/٤٥)، بلفظ: «**من أقال مسلماً أقال الله عثرته**»، ورواه ابن ماجه [٢١٩٩]، وابن حبان [٥٠٣٠] بزيادة لفظ: =

نقل الملك بعوض على جهة التراضي فكانت بيعاً كالأول ، والأولى أولى ، لأن الإقالة في السلم تجوز إجماعاً ، وبيع السلم لا يجوز قبل قبضه ، ولأن الإقالة الرفع والإزالة ، ومنه : أقاله الله عثرته، وذلك هو الفسخ ، ولأنها مقدرة بالثمن الأول ، وتحصل بلفظ لا ينعقد به البيع فكانت فسخاً كالرد بالعيب . فعلى هذا يجوز في المبيع قبل قبضه ، ولا يجب بها شفعة ، وتتقدر بالثمن الأول ، ومن حلف لا يبيع ، فأقال ، لا يحنث ، وعلى الأخرى تنعكس هذه الأحكام ، إلا بمثل الثمن ، فإنه على وجهين ، أصحهما أنها تتقدر به ، لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية ، فإن أقال بأكثر منه ، لم يصح وكان الملك باقياً للمشتري ، لأنهما تفاضلا فيما يعتبر فيه التماثل، فلم يصح كبيع درهم بدرهمين .

باب
اختلاف المتبايعين

إذا اختلفا في قدر الثمن والسلعة قائمة ، تحالفا، لما روى ابن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع ، أو يترادان البيع»**[1] رواه ابن ماجه . وفي لفظ: **«تحالفا»**[2]

= **«يوم القيامة»**. كلهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، وصححه أيضاً ابن حزم في «المحلى» (٣/٩).

(١) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٥١٢]، وابن ماجه [٢١٨٦]، والدارقطني (٢١/٣)، والبيهقي (٣٣٣/٥)، من طريق محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن القاسم ابن عبد الرحمن، عن أبيه، عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وفيه ابن أبي ليلى، وهو صدوق سيء الحفظ جداً كما في «التقريب»، وتابعه عمر بن قيس الماصر وهو صدوق ربما وهم، كما في «التقريب»، أخرجه الدارقطني، وابن الجارود [٦٢٤]، ورجاله ثقات كما قال الحافظ في «التلخيص» (٣١/٣)، والحديث له طرق أخرى يرتقي بمجموعها إلى درجة الصحيح، كما قال البيهقي (٣٣٢/٥)، وهو أصل في هذا الباب تلقاه العلماء بالقبول، كما قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٩٠/٢٤)، وابن عبد الهادي في «التنقيح» (نصب الراية ـ ١٠٧/٤).

(٢) هذا اللفظ لا أصل له ولم يرد في شيء من كتب الحديث، وإنما تداوله الفقهاء في كتبهم، قال الحافظ في «التلخيص» (٣١/٣): أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في «التذنيب» أنه لا ذكر لها =

ولأن البائع يدعى عقداً بثمن كثير ينكره المشترى ، والمشترى يدعى عقداً ينكره البائع، والقول قول المنكر مع يمينه . ويبدأ بيمين البائع ، لأن النبى ﷺ جعل القول ما قال البائع ، ولأن جنبته أقوى ، لأنهما إذا تحالفا رجع المبيع إليه ، فكانت البداية به أولى، كصاحب اليد . ويجب الجمع فى اليمين بين النفى والإثبات ، لأنه يدعى عقداً وينكر آخر فيحلف عليهما ، ويقدم النفى فيقول : والله ما بعته بكذا ولقد بعته بكذا، لأن الأصل فى اليمين أنها للنفى ، ويكفيه يمين واحدة ، لأنها أقرب إلى فصل القضاء، وإن نكل أحدهما ، لزمه ما قال صاحبه ، وإن رضى أحدهما بما قال الآخر فلا يمين . وإن حلفا ثم رضى أحدهما بما قال الآخر ، أجبر على القبول ، لأنه قد وصل إليه ما ادعاه ، وإن لم يرضيا ، فلكل واحد منهما الفسخ ، ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم، لأن العقد صحيح ، وإنما يفسخ لتعذر إمضائه فى الحكم فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان. والأول المذهب ، لقول النبى ﷺ : **«أو يترادان البيع»** فجعله إليهما. وفى سياقه أن ابن مسعود، رواه للأشعث بن قيس. وقد اختلفا فى ثمن مبيع ، فقال الأشعث: فإنى أرى أن أرد البيع[1]. ولأنه فسخ لاستدراك الظُّلامة، أشبه رد المعيب.

فصل : قال القاضى: ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً ، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة ، فأشبه رد المعيب . واختار أبو الخطاب أن المشترى إن كان ظالماً ، ففسخ البائع ينفذ ظاهراً وباطناً ؛ لعجزه عن استيفاء حقه فملك الفسخ ، كما لو أفلس المشترى . وإن كان البائع ظالماً لم ينفذ فسخه باطناً، لأنه يمكنه إمضاء العقد فلم ينفذ فسخه ، ولم يملك التصرف فى المبيع ، لأنه غاصب .

= فى شىء من كتب الحديث، وإنما توجد فى كتب الفقه. اهـ.

(١) سبق تخريجه قبل هذا بحديثين.

فصل : فإن اختلفا بعد تلف المبيع ، ففيه روايتان: إحداهما- يتحالفان ويفسخان البيع ، لأن المعنى الذى شرع له التحالف حال قيام السلعة موجود حال تلفها ، فيشرع ، ويجب رد قيمة السلعة ، فإن اختلفا فى قيمتها ، وجب قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها ، وإن زادت على ما ادعاه البائع ، لأن الثمن سقط ووجبت القيمة. فإن اختلفا فى الصفة ، فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه غارم . والثانية- القول قول المشترى مع يمينه ، اختارها أبو بكر ، لقوله فى الحديث : «والمبيع قائم بعينه» ، فمفهومه أن لا يشرع التحالف مع تلفها ، ولأنهما اتفقا على انتقال المبيع إلى المشترى بثمن ، واختلفا فى الزائد الذى يدعيه البائع وينكره المشترى ، والقول قول المنكر ، وإنما تركناه مع قيام السلعة لإمكان التراد ، ولا يمكن رد السلعة بعد تلفها ، وإن تقايلا المبيع ، أو رد بعيب ، ثم اختلفا فى الثمن ، فقال البائع : هو قليل. وقال المشترى : هو كثير ، فالقول قول البائع ، لأن البيع قد انفسخ والبائع منكر لما يدعيه المشترى لا غير . وإن مات المتبايعان ، فورثتهما بمنزلتهما ، لأنها يمين فى المال ، فقام الوارث فيها مقام الموروث ، كاليمين فى الدعوى. وإن كان البيع بين وكيلين ، تحالفا لأنهما عاقدان ، فتحالفا كالمالكين.

فصل : وإن اختلفا فى قدر المبيع ، فقال : بعتك هذا العبد بألف ، فقال : بل هو والجارية ، فالقول قول البائع، نص عليه ، لأنه ينكر بيع الجارية فاختصت اليمين به ، كما لو اختلفا فى أصل العقد . وإن قال : بعتك هذا العبد ، فقال : بل بعتنى هذا الثوب ، حلف كل واحد منهما على ما أنكره خاصة ، ثم إن كان العبد فى يد البائع ، فليس للمشترى أخذه، لأنه لا يدعيه ، وإن كان فى يد المشترى ، فليس للبائع أخذه، لذلك ، إلا أن يتعذر عليه ثمنه فيفسخ البيع ويأخذه ، والثوب يقر فى يد البائع ، ويرد إليه إن كان عند المشترى . وإن قامت بينة بالعقدين ، ثبتا . وإن قامت بينة بأحدهما ثبت ، ويحلف المنكر للآخر ويبطل حكمه.

فصل : وإن اختلفا فى صفة الثمن ، رجع إلى نقد البلد ، نص عليه ، فإن كان

فيه تقود ، رجع إلى أوساطها ، وعلى من القول قوله اليمين ، لأن الظاهر صدقه ، فكان القول قوله ، كالمنكر ، وقال القاضي : يتحالفان .

فصل : وإن اختلفا في أجل ، أو شرط ، أو رهن ، أو ضمين ونحوه ، ففيه روايتان: إحداهما– القول قول من ينكره مع يمينه ، لأنه منكر فأشبه منكر العقد من أصله . والثانية– يتحالفان، لأنهما اختلفا في صفة العقد ، فأشبه ما لو اختلفا في قدر الثمن. وإن اختلفا فيما يفسد العقد ، فالقول قول من ينفيه ، لأن ظاهر حال المسلم تعاطي الصحيح . وإن قال أحدهما : كنت مكرهاً ، أو مجنوناً ، فالقول قول الآخر ، لأن الأصل معه. وإن قال : كنت صغيراً فكذلك ، نص عليه ، لأنهما اختلفا فيما يفسد العقد ، فقدم قول من يدعي صحته ، ويحتمل أن القول قول مدعي الصغر ، لأنه الأصل، وإن قال عبد : بعتك بغير إذن سيدي ، فأنكره المشتري فالقول قول المشتري ، لأن الأصل الصحة ، وإن أنكره السيد ، فالقول قوله، لأن الأصل معه ، ولا دليل على خلافه . وإن قال أحد المتصارفين : تفرقنا قبل القبض ، أو ادعى فسخ العقد ، وأنكره الآخر ، فالقول قول مدعي الصحة ، لأن الأصل معه . وإن اختلفا في عيب يحدث مثله ، فادعى كل واحد منهما أنه حدث عند صاحبه ، ففيه روايتان: إحداهما– القول قول البائع ، لأن الأصل عدم العيب . والثانية– القول قول المشتري ، لأن الأصل عدم القبض للجزء الفائت ، وعدم استحقاق ما يقابله من الثمن . وإن رد بعيب ، فقال البائع: ليس هذا المبيع ، فالقول قوله ، لأن الأصل سلامة المبيع وبقاء العقد . وإن قبض المسلم فيه أو المبيع بالكيل ، ثم قال : غلطت عليَّ في الكيل، ففيه وجهان: أحدهما– القول قول البائع ، لأن الأصل السلامة من الغلط . والثاني– القول قول المشتري ، لأن الأصل عدم القبض لما أنكر قبضه ، وإن كان قبضه جزافاً ، فالقول قوله في قدره وجهاً واحداً .

فصل : وإن باعه بثمن معين ، وقال كل واحد منهما : لا أسلم ما بعته حتى أقبض عوضه ، جعل بينهما عدل يقبض منهما ، ويسلم إليهما معاً ، لأنهما سواء في تعلق حقوقهما بالعين معاً، وإن كان البيع بثمن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع أولاً ، لتعلق حق المشتري بعينه ، فقدم على ما تعلق بالذمة ،كأرش

الجناية مع الدين ، ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن . وإن كان معسراً أو ماله غائباً فى مسافة القصر ، فللبائع فسخ البيع ، لأن عليه ضرراً فى تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع إلى عين ماله ، كما لو أفلس المشترى . وإن كان الثمن حاضراً أجبر على دفعه فى الحال ، وإن كان فى داره أو دكانه ، حجر عليه فى المبيع ، وفى سائر ماله حتى يسلمه ، لئلا يتصرف فى المبيع ، فيضر بالبائع . وإن كان غائباً دون مسافة القصر ، ففيه وجهان: أحدهما: له الفسخ ، لأنه تعذر الثمن للإعسار ، أشبه الفلس. والثانى- لا يفسخ ، ولكن يحجر على المشترى، لأنه فى حكم الحاضر ، أشبه الذى فى البلد، والصحيح عندى أنه لا يجب عليه تسليم المبيع ما لم يحضر الثمن ويمكن أخذه، لأن فى تسليمه بدون ذلك ضرراً وخطراً بفوات الثمن عليه، فلم يلزمه تسليم عوض قياساً على العوض الآخر.

كتاب
السّلم

السلم : أن يسلم عيناً حاضرة فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل ، وهو نوع من البيع ، ينعقد بلفظ البيع والسلم والسلف ، ويعتبر فيه شروط البيع ، ويزيد بشروط ستة: أحدها- أن يكون مما ينضبط بالصفات التى يختلف الثمن باختلافها ظاهراً ، لأنه بيع بالصفات، فيشترط إمكان ضبطها ، فيصح السلم فى المكيل والموزون والمذروع ، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قدم المدينة ، وهم يسلفون فى الثمار السنتين والثلاث ، فقال : «**من أسلف فليسلف فى كيل معلوم، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم**»[1] متفق عليه . وقال عبد الله بن أبى أوفى وعبد الرحمن بن أبزى رضي الله عنهما: كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ ، فكان يأتينا أنباط من

(١) رواه البخارى [٢٢٣٩]، ومسلم [١٦٠٤]، وأبو داود [٣٤٦٣]، والترمذى [١٣١١]، والنسائى (٢٥٥/٧)، وابن ماجه [٢٢٨٠]، وأحمد (٢١٧/١).

أنباط الشام ، فنسلفهم فى الحنطة والشعير والزبيب ، فقيل : أكان لهم زرع أم لم يكن ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك[١] رواه البخارى. فثبت جواز السلم فى ذلك بالخبر، وقسنا عليه ما يضبط بالصفة، لأنه فى معناه ، ويصح فى الخبز واللِّبأ والشواء، لأن عمل النار فيه معتاد ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة ، فصح السلم فيه، كالمجفف فى الشمس . وقال القاضى : لا يصح فى الشواء واللحم المطبوخ، لأن عمل النار فيه يختلف فلا ينضبط .

فصل : ولا يصح فيما لا ينضبط ، كالجوهر واللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق ونحوها ، لأنها تختلف اختلافاً متبايناً بالكبر والصغر ، وحسن التدوير ، وزيادة ضوئها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه ، لأنه يختلف . وفى الحوامل من الحيوان ، والشاة اللبون ، والأوانى المختلفة الرءوس والأوساط وجهان: أحدهما- لا يصح السلم فيه ، لأن الصفة لا تأتى عليه ، والولد واللبن مجهول . والثانى- يصح، لأن الحمل واللبن لا حكم لهما مع الأم بدليل البيع ، والأوانى يمكن ضبطها بسعة رأسها وأسفلها ، وعلو حائطها ، فهى كالأوانى المربعة . وما فيه خلط من غيره ينقسم أربعة أقسام: أحدها- ما خلطه لمصلحته ، وهو غير مقصود فى نفسه، كالإنفحة [٢] فى الجبن ، والملح فى الخبز والشيرج ، والماء فى خل التمر، فيصح السلم فيه ، لأنه يسير للمصلحة. الثانى- أخلاط متميزة مقصودة، كثوب منسوج من شيئين، فيصح السلم فيه، لأن ضبطه ممكن ، وفى معناه النَّبلْ والنُّشَّاب . وقال القاضى : لا يصح السلم فيهما ، لأن فيه أخلاطاً ويختلف طرفاه ووسطه، فأشبه القسى ، والأول أصح، لأن أخلاطه متميزة ممكن ضبطها ، والاختلاف فيه يسير معلوم بالعادة ، فهى كالثياب من جنسين بخلاف القسى .

الثالث- المغشوش كاللبن المشوب، والحنطة فيها الزوان، فلا يصح السلم فيه

---

(١) رواه البخارى [٢٢٥٤] بهذا اللفظ، ورواه أبو داود [٣٤٦٤]، والنسائى (٢٢٥/٧)، وابن ماجه [٢٢٨٢]، وأحمد (٣٥٤/٤) بنحوه.

(٢) لا تكون الإنفحة إلا لكل ذى كَرِش، وهو شيء يستخرج من بطنه أصفر يعصر فى صوفة مبتلة فى اللبن فيغلظ كالجبن، ولا يسمى إنفحة إلا وهو رضيع. (المصباح المنير).

لأن غشه يمنع العلم بقدر المقصود فيه ، فيكون فيه غرر .

الرابع- أخلاط مقصودة غير متميزة ، كالغالية[١] والند[٢] والمعاجين ، فلا يصح السلم فيه ، لأن الصفة لا تأتي عليه ، وفي معناه القِسِيّ المشتملة على الخشب والقَرْن[٣] ، والعقب، والغراء[٤] ، والتُّوز[٥] ، فلا يصح السلم فيها للعجز عن ضبط مقادير ذلك ، وتمييز ما فيه منها ، وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيها كالثياب.

فصل : وفي الحيوان روايتان : أظهرهما- صحة السلم فيه ، لأن أبا رافع رضي الله عنه قال: استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً[٦] رواه مسلم . ولأنه يثبت في الذمة صداقاً فصح السلم فيه كالثياب . والثانية : لا يصح ، لأنه يختلف اختلافاً متبايناً مع ذكر أوصافه الظاهرة ، فربما تساوى العبدان في الصفات المعتبرة ، وأحدهما يساوي أمثال صاحبه، وإن استقصى صفاته كلها ، تعذر تسليمه . وفي المعدود من الجوز والبيض والبطيخ والرمان والبقل ونحوه روايتان: إحداهما- لا يصح لذلك . والثانية- يصح ، لأن التفاوت يسير ، ويمكن ضبط بعضه بالصغر والكبر ، وبعضه بالوزن . وفي الرءوس والأطراف والجلود من الخلاف مثل ما ذكرنا فيما قبله .

فصل : الشرط الثاني- معرفة قدره بالكيل إن كان مكيلاً ، وبالوزن إن كان موزوناً ، وبالذرع إن كان مذروعاً ، لحديث ابن عباس ، ولأنه عوض غير مشاهد ، يثبت في الذمة ، فاشترط معرفة قدره كالثمن . ويجب أن يكون ما يقدر به معلوماً عند العامة ، فإن قدره بإناء ، أو صنجة بعينها غير معلوم، لم يصح ، لأنه قد يهلك، فيجهل قدره، وهذا غرر لا يحتاج العقد إليه . وإن أسلم في المكيل وزناً ، وفي الموزون

---

(١) أخلاط من الطيب. (المصباح).
(٢) بالفتح: عود يتبخر به. (المصباح).
(٣) حبل يستخدم في الصيد. (تهذيب اللغة).
(٤) العقب: العصب الذي تعمل منه الأوتار. (اللسان).
(٥) نوع من الشجر (المصباح).
(٦) رواه مسلم [١٦٠٠]، وأبو داود [٣٣٤٦]، والترمذي [١٣١٨]، والنسائي (٧/٢٥٦)، وابن ماجه [٢٢٨٥]، وأحمد (٦/٣٩٠).

كيلاً ، فعنه : لا يصح ، لأنه مبيع اشترط معرفة قدره ، فلم يجز بغير ما هو مقدر به كالربويات . وعنه: ما يدل على الجواز ، لأنه يخرجه عن الجهالة وهو الغرض ، ولابد من تقدير المذروع بالذرع ، فأما المعدود فيقدر بالعدد ، وقيل بالوزن ، لأنه يتباين ، والأول أولى ، لأنه يقدر به عند العامة ، والتفاوت يسير ، ويضبط بالكبر والصغر، ولهذا لا تقع القيمة بين الجوزتين والبيضتين . فإن كان يتفاوت كثيراً كالرمان والبطيخ والسفرجل والبقول ، قدره بالوزن ، لأنه أضبط لكثرة تفاوته وتباينه ولا يمكن ضبطه بالكيل ، لتجافيه في المكيال ، ولا بالحزم ، لأنه يختلف، ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة ، فتعين الوزن لتقديره .

فصل: الشرط الثالث- أن يجعلا له أجلاً معلوماً ، فإن أسلم حالاً لم يصح ، لحديث ابن عباس ، ولأن السلم إنما جاز رخصة للرفق ، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل ، فلم يصح بدونه ، كالكتابة ، فإن كان بلفظ البيع ، صح حالاً ، قال القاضي : ويجوز التفرق قبل قبض رأس المال ، لأنه بيع ، ويحتمل أن لا يجوز لأنه بيع دين بدين . ويشترط في الأجل ثلاثة أمور: أحدها- كونه معلوماً ، لقول الله تعالى: ﴿إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة:٢٨٢]، وللخبر . فإن جعله إلى المحرم أو يوم منه أو عيد الفطر ونحوها ، جاز لقول الله تعالى : ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة : ١٨٩]. وإن قدره بغير ذلك مما يعرفه الناس ، ككانون وعيد الكفار يعرفه المسلمون، جاز، لأنه معلوم لا يختلف . وقال ابن أبي موسى : لا يصح ، لأنه لا يعرفه كثير من الناس . وإن كان مما لا يعرفه المسلمون ، كالشَّعَانين[١] وعيد الفَطير [٢] لم يصح ، وجهاً واحداً ، لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليد أهل الذمة ، فيبقى مجهولاً . وإن جعلا الأجل إلى مدة كشهر معين

---

(١) الشعانين جمع شعنينة وهو يوم عيد للنصارى يكون يوم الأحد السابق العيد الفصح، ويطلق أيضًا على ما يتخذه أولاد النصارى – في هذا اليوم – من أغصان الزيتون، وسعف النخل والزهور. (محيط المحيط، المعجم الوجيز) .

(٢) عيد لليهود يكون في يوم الخامس عشر من نيسان، وليس المراد نيسان الرومي بل شهر من شهورهم يقع في آذار الرومي. (المصباح) .

تعلق بأوله. ولو قال : محله في رمضان، فكذلك ، لأنه لو قال لزوجته : أنت طالق في رمضان، طلقت في أوله ، ولو احتمل غير الأول لم يقع الطلاق بالشك. وإن جعله اسماً يتناول شيئين كربيع ، تعلق بأولهما كما لو علقه بشهر، فإن قال : ثلاثة أشهر انصرف إلى الهلالية ، لأنها الشهور في لسان الشرع، فإن كان في أثناء شهر كمل بالعدد ثلاثين ، والباقي بالأهلة.

الأمر الثاني- أن يكون مما لا يختلف ، فإن جعله إلى الحصاد أو الجذاذ والموسم، لم يصح ، لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال : لا تتبايعوا إلى الحصاد والدّياس ، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم [1] ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد ، فلم يجز جعله أجلاً كقدوم زيد . وعنه : أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس ، لأن ابن عمر كان يبتاع إلى العطاء[2] ، ولأنه لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً ، فإن أسلم إلى العطاء يريد به وقته، وكان معلوماً، جاز، وإن أراد نفس العطاء ، لم يصح لأنه يختلف الأمر فيه.

الأمر الثالث- أن تكون مدة لها وقع في الثمن ، كالشهر ونصفه ونحوه فأما اليوم ونحوه ، فلا يصح التأجيل به ، لأن الأجل إنما اعتبر لتحقق الرفق ولا يتحقق إلا بمدة طويلة . فإن أسلم في جنس إلى أجلين أو آجال ، مثل أن يسلم في خبز ولحم ، يأخذ كل يوم أرطالاً معلومة ، جاز ، لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى آجال ، كبيوع الأعيان. ويجوز أن يسلم في جنسين إلى أجل واحد لما ذكرنا.

فصل: الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله ، مأمون الانقطاع فيه ، لأن القدرة على التسليم شرط ، ولا يتحقق إلا بذلك ، فلو أسلم في العنب إلى شباط ، لم يصح ، لأنه لا يوجد فيه إلا نادراً. ولا يصح السلم في ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لما روى أن زيد بن سَعْنَة أسلف النبي صلى الله عليه وسلم ثمانين ديناراً، في تمر بكيل

---

(١) **صحيح.** رواه عبد الرزاق [١٤٠٦٦]، وابن أبي شيبة (٦/ ٧٠) والشافعي (بدائع المنن- ٢/ ١٨٨) والبيهقي (٦/ ٢٥) من طريق عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظ الشافعي: لا تبيعوا إلى العطاء ولا إلى الأندر ولا إلى الدياس. وإسناده صحيح رجاله ثقات. وقال القرطبي في التفسير (١/ ٧١٩) : قال ابن المنذر: قول ابن عباس صحيح. اهـ.

(٢) **ضعيف.** رواه ابن أبي شيبة (٦/ ٧١) عن حفص بن غياث عن حجاج عن عطاء أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يشترى إلى العطاء. وإسناده ضعيف فيه الحجاج بن أرطأة وهو صدوق كثير الخطأ والتدليس كما في «التقريب». والحديث ضعفه ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٤٤٦).

مسمى من تمر حائط بنى فلان ، فقال النبى ﷺ : **«أما من حائط بنى فلان فلا ، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى»**[1] رواه ابن ماجه . ولأنه لا يؤمن تلفه ، فلم يصح ، كما لو قدره بمكيال معين. ولا يصح السلم فى عين لذلك ، ولأن الأعيان لا تثبت فى الذمة .

فصل : الشرط الخامس– أن يضبطه بصفاته التى يختلف الثمن بها ظاهراً ، فيذكر الجنس والنوع ، والجودة والرداءة ، والكبر والصغر ، والطول والقصر، والعرض والسمك ، والنعومة والخشونة، واللين والصلابة ، والرقة والصفاقة والذكورية والأنوثية ، والسن، والبكارة والثيوبة، واللون، والبلد ، والرطوبة واليبوسة ، ونحو ذلك فيما يقبل هذه الصفات ، ويختلف بها ، ويرجع فيما لا يعلم منها إلى تفسير أهل الخبرة ، فإن شرط الأجود ، لم يصح ، لأنه يتعذر عليه الوصول إليه ، وإن وصل إليه كان نادراً . وإن شرط الأردأ ففيه وجهان: أحدهما– لا يصح، لذلك. والثانى– يصح، لأنه يمكن تسليم السليم ، أو خير منه من جنسه ، فيلزم المسلم قبوله . وإن أسلم فى جارية وابنتها ، لم يصح ، لأنه يتعذر وجودهما على ما وصف ، وإن استقصى صفات السلم بحيث يتعذر وجوده ، لم يصح ، لأنه يعجز عن تسليمه .

فصل : الشرط السادس –أن يقبض رأس مال السلم فى مجلس العقد قبل تفرقهما، لقول النبى ﷺ : **«من أسلف فليسلف فى كيل معلوم»**[2] والإسلاف : التقديم، ولأنه إنما سمى سلماً وسلفاً ، لما فيه من تقديم رأس المال ، فإذا تأخر لم يكن سلماً ، فلم يصح ، ولأنه يصيربيع دين بدين ، فإن تفرقا قبل قبضه ، بطل . وإن تفرقا قبل قبض بعضه . بطل فيما لم يقبض ، وفى المقبوض وجهان ، بناء على تفريق الصفقة ، ويجوز أن يكون فى الذمة ، ثم يعينه فى المجلس ويسلمه . ويجب أن

---

(١) **حسن.** رواه ابن ماجه [٢٢٨١] من طريق يعقوب بن حميد عن الوليد بن مسلم عن محمد بن حمزة بن يوسف بن عبد الله بن سلام عن أبيه عن جده به. وإسناده ضعيف فيه الوليد بن مسلم وهو مدلس كما فى «التقريب» لكنه صرح بالتحديث أخرجه ابن حبان [٢٨٨] والحاكم (٦٠٤/٣) والطبرانى فى «الكبير» [٥١٤٧] والبيهقى فى «الدلائل» (٢٧٨/٦) من طريق محمد بن المتوكل عن الوليد بن مسلم قال حدثنا محمد بن حمزة به. ومحمد بن المتوكل وهو ابن أبى السرى صدوق له أوهام كثيرة كما فى «التقريب» لكنه لم ينفرد به فقد تابعه يعقوب بن حميد كما سبق فى رواية ابن ماجه. وتابعه عبد الوهاب بن نجده الحوطى أخرجه الطرانى [٥١٤٧] وعبد الوهاب ثقة كما فى «التقريب». والحديث حسن بمجموع طرقه، وحسنه المزى فى «تهذيب الكمال» (٣٤٧/٧) والحافظ فى «تهذيب التهذيب» (٣٥/٣).

(٢) سبق تخريجه (٨٠/٢).

يكون معلوماً ، كالثمن فى المبيع ، فإن كان معيناً ، فظاهر كلام الخرقى أنه يكتفى برؤيته ، لأنه عوض معين ، أشبه ثمن المبيع ، وقال القاضى : لابد من وصفه ، لقول أحمد : ويصف الثمن ، ولأنه عقد لا يمكن إتمامه ، وتسليم المعقود عليه فى الحال ولا يؤمن انفساخه ، فوجب معرفة رأس المال بالصفات ، ليرد بدله كالقرض والشركة فعلى هذا لا يجوز أن يكون رأس المال إلا ما يجوز أن يكون مسلماً فيه ، لأنه يعتبر ضبط صفاته ، فأشبه المسلم فيه .

فصل : وكل مالين جاز النساء فيهما ، جاز إسلام أحدهما فى الآخر ، وما لا فلا ، فعلى قولنا يجوز النساء فى العروض ، لأنه يصح إسلام عرض فى عرض وفى ثمن ، فإن أسلم عرضاً فى آخر بصفته ، فجاءه به عند المحل ، ففيه وجهان: أحدهما- يلزمه قبوله ، لأنه أتاه بالمسلم فيه على صفته، فلزم قبوله كغيره . والثانى- لا يلزمه قبوله ، لأنه يفضى إلى كون الثمن هو المثمن . وإن أسلم صغيراً فى كبير ، فحل السلم ، وقد صار الصغير على صفة الكبير ، فعلى الوجهين .

فصل : ولا يشترط وجود المسلم فيه قبل المحل ، لا حين العقد ولا بعده، لأن النبى ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين ، فلم ينههم عنه ، وفى الثمار ما ينقطع فى أثناء السنة ، فلو حرم لبينه ، ولأنه يثبت فى الذمة ويوجد عند المحل ، فصح السلم فيه ، كالموجود فى جميع المدة .

فصل : ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء، لأن النبى ﷺ لم يذكره فى حديث ابن عباس ، ولا فى حديث زيد بن سعنة ، ولأنه عقد معاوضة ، أشبه مكان البيع . ويكون الوفاء فى موضع العقد، كالبيع، فإن كان السلم فى موضع لا يمكن الوفاء فيه كالبرية ، تعين ذكر مكان الإيفاء ، لأنه لابد من مكان ، ولا قرينة تعين ، فوجب تعيينه بالقول . وإن كان فى موضع يمكن الوفاء فيه ، فشرطه كان تأكيداً ، وإن شرط مكاناً سواه ، ففيه روايتان: إحداهما- لا يصح ، لأنه ينافى مقتضى العقد والثانية- يصح ، لأنه عقد بيع ، فصح شرط مكان الإيفاء فيه، كالبيع ، وبهذا ينتقض دليل الأولى .

فصل: ويجب تسليم السلم عند المحل على أقل ما وصف به ، سليماً من العيوب والغش ، فإن كان في البر قليل تراب أو دقيق تبن لا يأخذ حظاً من الكيل ، وجب قبوله ، لأنه لا ينقصه . وإن نقص الكيل ، لم يلزم قبوله ، لأنه دون حقه . وإن أحضره بصفته ، وجب قبوله ، وإن تضمن ضرراً، لأنه حقه ، فوجب قبوله كالوديعة ، فإن امتنع دفعه إلى الحاكم ، وبرئ بذلك، فإن كان أجود من حقه في الصفة ، لزم قبوله ، لأنه زاده خيراً ، وإن طلب عن الجودة عوضاً لم يجز ، لأنها صفة ، ولا يجوز إفراد الصفات بالبيع . وإن جاءه بأردأ من حقه ، لم يجب قبوله ، وجاز أخذه ، وإن أعطاه عوضاً عن الجودة الفائتة ، لم يجز لذلك ، ولأنه بيع جزء من السلم قبل قبضه. وإن أعطاه غير المسلم فيه ، لم يجز أخذه ، لأن النبي ﷺ قال : **«من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره»**[1] رواه أبو داود . ولأنه بيع للسلم قبل قبضه، فلم يجز كما لو أخذ عنه ثمناً، وقال ابن أبي موسى: فيه رواية أخرى فيمن أسلم في بر ، فرضي مكانه شعيراً مثل كيله : جاز ، ولعل هذا بناءً على رواية كون البر والشعير جنساً ، والصحيح غيرها . وإن أعطاه غير نوع السلم ، جاز قبوله ، ولم يلزم . وقال القاضي : يلزم قبوله إذا لم يكن أدنى من النوع الذى شرطه ، لأنه من جنسه ، أشبه الزائد في الصفة من نوع واحد ، والصحيح الأول، لأنه لم يأت بالمشروط فلم يلزم قبوله كالأدنى بخلاف الزائد في الصفة ، فإنه أحضر المشروط مع زيادة ، ولأن أحد النوعين يصلح لما لا يصلح له الآخر بخلاف الصفة .

فصل : فإن أحضره قبل محله ، أو في غير مكان الوفاء ، فاتفقا على أخذه، جاز . وإن أعطاه عوضاً عن ذلك، أو نقصه عن السلم، لم يجز ، لأنه بيع الأجل أو الحمل . وإن عرضه عليه ، فأبى أخذه لغرض صحيح، مثل أن يلزمه مؤنة لحفظه أو حمله، أو عليه مشقة، أو يخاف تلفه، أو أخذه منه، لم يلزمه أخذه. وإن أباه لغير غرض صحيح، لزمه، لأنه زاده خيراً، فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم، ليأخذه، لما روى أن أنساً رضي الله عنه كاتب عبداً له على مال إلى أجل، فجاءه به قبل الأجل، فأبى أن

---

(١) سبق تخريجه (٢/٢٤).

يأخذه، فأتى عمر رضي الله عنه، فأخذه منه، وقال: اذهب فقد عتقت[1]، ولأنه زاده خيراً.

فصل: وإذا قبضه بما قدره به من كيل أو غيره، برئ صاحبه. وإن قبضه جزافاً، قدره، فأخذ قدر حقه، ورد الفضل، أو طالب بتمام حقه، إن كان ناقصاً. وهل له التصرف في قدر حقه قبل تقديره؟ على وجهين: أحدهما- له ذلك، لأنه قدر حقه وقد أخذه، ودخل في ضمانه. والثاني- ليس له ذلك، لأنه لم يقبضه القبض المعتبر. وإن اختلفا في القبض، فالقول قول المسلم، لأنه منكر. وإن اختلفا في حلول الأجل، فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر.

فصل: وإن تعذر تسليم السلم عند المحل، فللمسلم الخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد، وبين فسخ العقد، والرجوع برأس ماله، إن كان موجوداً، أو مثله، إن كان مثلياً، أو قيمته إن لم يكن مثلياً، وقيل: ينفسخ العقد بالتعذر لأن السلم في ثمرة هذا العام وقد هلكت، فانفسخ العقد، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة، فهلكت. والأول أصح، لأن السلم في الذمة لا في عين، وإنما لزم الدفع من ثمرة العام لتمكنه من دفع الواجب منها، فإن تعذر البعض، فله الخيرة بين الصبر بالباقي، وبين الفسخ في الجميع. وله أخذ الموجود، والفسخ في الباقي في أصح الوجهين لأنه فسخ في بعض المعقود عليه أشبه البيع، وفي الآخر- لا يجوز، لأن السلم يقل فيه الثمن لأجل التأجيل. فإذا فسخ في البعض، بقي البعض بالباقي من الثمن، وبمنفعة الجزء الذي فسخ فيه، فلم يجز. كما لو شرطه في ابتداء العقد. وتجوز الإقالة في السلم كله إجماعاً وتجوز في بعضه، لأن الإقالة معروف، جاز في الكل، فجاز في البعض كالإبراء. وعنه: لا يجوز، لما ذكرنا في الفسخ، والأول أصح، لأن باقي الثمن يستحق به باقي العوض. وإذا فسخ العقد، رجع في الثمن، أو ببدله إن كان معدوماً. وليس له صرفه في عقد آخر قبل قبضه، لقول النبي ﷺ **«من أسلم في شئ، فلا**

---

(١) **إسناده حسن.** رواه البيهقي (١٠/٣٣٤) من طريق سعيد بن يحيى القراطيس عن معاذ بن معاذ عن علي بن سويد بن منجوف عن أنس بن سيرين عن أبيه قال: كاتبني أنس بن مالك على عشرين ألف درهم- الحديث. وإسناده حسن رجاله ثقات سوى علي بن سويد فإنه لا بأس به روى له البخاري كما في «التقريب» وسعيد بن يحيى لم يوثقه غير ابن حبان.

يصرفه إلى غيره». وقال القاضي: يجوز أخذ العوض عنه، لأنه عوض مستقر في الذمة، فأشبه القرض. فعلى هذا يكون حكمه حكم القرض على ما سيأتي .

فصل : ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه(١)، وعن ربح ما لم يضمن(٢) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح. ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه ، كالطعام قبل قبضه. ولا تجوز التولية فيه ولا الشركة ، لما ذكرنا في الطعام، ولا الحوالة به، لأنها إنما تجوز بدين مستقر، والسلم تعرض للفسخ. ولا تجوز الحوالة على من عليه سلم، لأنها معاوضة بالسلم قبل قبضه. ولا يجوز بيع السلم من بائعه قبل قبضه، لقول النبي ﷺ : **«من أسلم في شئ، فلا يصرفه إلى غيره»** ولأنه بيع للمسلم فيه، فلم يجز كبيعه من غيره.

فصل : وإذا قبضه فوجده معيباً، فله رده وطلب حقه ، لأن العقد يقتضي السلامة، وقد أخذ المعيب عما في الذمة، فإذا رده، رجع إلى ما في الذمة. وإن حدث به عيب عنده، فهو كما لو حدث العيب في المبيع بعد قبضه على ما مضى .

بَابُ القَرْض

ويسمى سلفاً، وأجمع المسلمون على جوازه واستحبابه للمقرض. وروى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **«ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة»**(٣) رواه ابن ماجه. ويصح بلفظ القرض ، وبكل لفظ يؤدي معناه . نحو أن

---

(١) سبق تخريجه (٢/٢٣).

(٢) سبق تخريجه (٢/٣١) ضمن حديث «لا يحل بيع وسلف».

(٢) **حسن**. رواه ابن ماجه [٢٤٣٠]، واللفظ له، والبيهقي (٥/٣٥٣) وأبو يعلى [٥٠٣٠] من طريق سليمان بن يسير عن قيس بن الرومي عن سليمان بن أذنان عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً به وإسناده ضعيف فيه سليمان بن يسير وهو ضعيف، وقيس بن الرومي وهو مجهول كما في «التقريب». وسليمان بن أذنان مستور الحال لم يوثقه غير ابن حبان. ورواه أحمد (١/٤١٢) وأبو يعلى [٥٣٦٦] من طريق حماد بن سلمة عن عطاء بن السائب عن ابن أذنان عن علقمة به «وعطاء بن السائب ثقة تغير حفظه بأخرة وحماد بن سلمة ممن سمع منه قبل اختلاطه فروايته قوية كما قال الحافظ في تعجيل المنفعة» (٣٤٨). ورواه ابن حبان [إحسان- ٥٠٤٠] والطبراني في «الكبير» [١٠٢٠٠] والبيهقي (٥/٣٥٣) من طريق أبي جريز عن إبراهيم عن الأسود بن يزيد عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: «من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق». ورجاله ثقات غير أبا حريز عبد الله بن الحسين فإنه صدوق يخطئ كما في «التقريب»، والحديث حسن بمجموع طرقه وشواهده.

يقول : ملكتك هذا على أن ترد بدله ، فإن لم يذكر البدل ، فهو هبة . وإذا اختلفا ، فالقول قول الموهوب له، لأن التمليك بغير عوض هبة . ويثبت الملك في القرض بالقبض ، لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه ، كالهبة . ولا خيار فيه ، لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره ، فهو كالواهب . ويصح بشرط الرهن فيه ، لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله[1] متفق عليه . ولو شرط فيه الأجل ، لم يتأجل ، ووقع حالاً ، لأن التأجيل في الحال عدة وتبرع ، فلا يلزم ، كتأجيل العارية . ولو أقرضه تفاريق ، ثم طالبه به جملة ، لزم المقترض ذلك لما قلناه . فإن أراد المقرض الرجوع في عين ماله ، وبذل المقترض مثله ، فالقول قول المقترض لأن الملك قد زال عن العين بعوض ، فأشبه البيع اللازم . وإن أراد المقترض رد عين المال ، لزم المقرض قبوله ، لأنه بصفة حقه ، فلزم قبوله ، كما لو دفع إليه المثل .

فصل : ويصح قرض كل ما يصح السلم فيه، لأنه يملك بالبيع، ويضبط بالصفة، فصح قرضه كالمكيل ، إلا بني آدم، فإن أحمد كره قرضهم، فيحتمل التحريم. اختاره القاضي ، لأنه لم ينقل، ولا هو من المرافق ، ولأنه يفضي إلى أن يقترض جارية يطؤها ، ثم يردها. ويحتمل الجواز، لأن السلم فيهم صحيح، فصح قرضهم كالبهائم . فأما مالا يصح السلم فيه، كالجواهر، ففيه وجهان: أحدهما- لا يجوز، ذكره أبو الخطاب ، لأن القرض يقتضي رد المثل وهذا لا مثل له . والثاني- يجوز ، قاله القاضي لأن ما لا مثل له تجب قيمته . والجواهر كغيرها في القيمة. ولا يجوز القرض إلا في معلوم القدر ، فإن أقرضه فضة لا يعلم وزنها ، أو مكيلاً لا يعلم كيله ، لم يجز ، لأن القرض يقتضي رد المثل ، وإذا لم يعلم ، لم يتمكن من القضاء .

---

(١) رواه البخاري [٢٥٠٩]، ومسلم [١٦٠٣]، والنسائي (٢٥٣/٧)، وابن ماجه [٢٤٣٦]، وأحمد (٤٢/٦) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: رهن رسول الله ﷺ يهودياً درعاً وأخذ منه طعاماً، ورواه البخاري [٢٥٠٨] من حديث أنس رضي الله عنه بلفظ: ولقد رهن رسول الله ﷺ درعه بشعير» ـ الحديث.

فـصل: ويجب رد المثل فى المثليـات ، لأنه يجب مـثله فى الإتلاف ، فـفى القرض أولى . فإن أعوز المثل فعليه قيمته حين أعوز، لأنها حينئذ تثبت فى الذمة. وفى غير المثلى وجهان : أحدهما– يرد القيمة ، لأن ما أوجب المثل فى المثلى أوجب القيمة فى غيرها كالإتلاف. والثانى– يرد المثل، لما روى أبو رافع ﷺ أن النبى ﷺ استسلف من رجل بكراً ، فقدمت عليه إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره ، فرجع إليه أبو رافع ، فقال : يارسول الله لم أجـد فيها إلا خـياراً رباعـياً، فقـال : «أعطه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء»[١] رواه مسلم . ولأن ما ثبت فى الذمة فى السلم ثبت فى القرض كالمثلى، بخلاف الإتلاف ، فإنه عدوان، فأوجـب القيـمة ، لأنها أحصر . والقرض ثبت للرفق ، فهو أسهل . فعلى هذا يعتبر مثله فى الصفات تقريباً ، فإن قلنا : يرد القيمة اعتبرت حين القرض ، لأنها حينئذ تجب .

فصل: ويجوز قرض الخبز ، ورد مثله عدداً بغير وزن فى الشئ اليسير . وعنه لا يجوز إلا بالوزن ، قياساً على الموزونات. ووجه الأول ما روت عائشة قالت: قلت: يا رسول الله إن الجيران يقترضون الخـبز والخمير ، ويردون زيادة ونقصاناً. فقال : «لا بأس إنما ذلك من مرافق الناس يقصدون به الفضل»[٢] وعن معـاذ : أنه سئل عن اقتراض الخبز والخمير فقال : سبحان الله إنما هذا من مكارم الأخلاق ، فخذ الكبير وأعط الصغير ، وخذ الصغير وأعط الكبير ، خيركم أحسنكم قضاء، سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك[٣] رواهما أبو بكر فى «الشافى» .

---

(١) سبـق تخـريجـه (٨٢/٢).

(٢) **ضعيف.** رواه ابن عدى فى «الكامل» (٦/٢١٧٠)، من طريق محمد بن عبد الملك، عن يحيى الزهرى، عن عروة، عن عائشة ﷺ، وإسناده ضعيف، فيه محمد بن عبد الملك وهو ضعيف جداً كما قال ابن عدى.

(٣) **ضعيف.** رواه الطبرانى فى «الكبير» (٢٠/٩٦)، وفى «مسند الشاميين» له [٤١٤]، وابن عدى فى «الكامل» (٢/٥٣٠) من طريق بقية بن الوليد، عن ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان، عن معاذ بن جبل ﷺ به، وإسناده ضعيف منقطع، فيه بقية بن الوليد وهو صدوق كثير التدليس كما فى «التقريب»، وخالد بن معدان لم يدرك معاذاً كما قال ابن عبد الهادى فى «التنقيح» (نصب الراية).

فصل : فإن أقرضه فلوساً ، أو مكسرة ، فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها، فعليه قيمتها يوم أخذها ، نص عليه ، لأنه معنى منع إنفاقها ، فأشبه تلف أجزائها . فإن لم تترك المعاملة بها ، لكن رخصت ، فليس له إلا مثلها ، لأنها لم تتلف ، إنما تغير سعرها ، فأشبهت الحنطة إذا رخصت .

فصل : ولا يجوز أن يشترط في القرض شرطاً يجر به نفعاً ، مثل أن يشترط رد أجود منه أو أكثر ، أن يبيعه، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يستأجر منه ، أو يهدي له أو يعمل له عملاً ونحوه ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف[١] رواه الترمذي وقال: حسن صحيح. وعن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة[٢]، ولأنه عقد إرفاق ، وشرطه ذلك يخرجه عن موضوعه . وإن شرط أن يوفيه في بلد آخر ، أو يكتب له به سُفْتَجَة[٣] إلى بلد في حمله إليه نفع لم يجز لذلك وإن لم يكن لحمله مؤنة ، فعنه : الجواز ، لأن هذا ليس بزيادة قدر ولا صفة ، فلم يفسد به القرض ، كشرط الأجل . وعنه : في السفتجة مطلقاً روايتان. لأنها مصلحة لهما جميعاً. وإن شرط رد دون ما أخذ ، لم يجز لأنه ينافي مقتضاه، وهو رد المثل ، فأشبه شرط الزيادة . ويحتمل أن لا يبطله ، لأن نفع المقترض لا يمنع منه، لأن القرض إنما شرع رفقاً به ، فأشبه شرط الأجل بخلاف الزيادة . وكل موضع بطل الشرط، ففي القرض وجهان: أحدهما- يبطل ، لأنه قد روى «كل

---

(١) سبق تخريجه (٢/٣١).

(٢) أثر أُبَيّ بن كعب رضي الله عنه رواه البيهقي (٥/٣٤٩) من طريق كلثوم بن الأقمر، عن زر بن حبيش، عن أبي بن كعب رضي الله عنه ، وإسناده ضعيف فيه كلثوم بن الأقمر وهو مجهول كما في «الميزان» للذهبي.
* وأثر ابن مسعود رضي الله عنه رواه عبد الرزاق [١٤٦٥٨]، والبيهقي (٥/٣٥١) من طريق أيوب، عن ابن سيرين، عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وإسناده منقطع، ابن سيرين لم يدرك عبد الله بن مسعود، كما قال البيهقي.
* وأثر ابن عباس رضي الله عنهما سيأتي تخريجه إن شاء الله بعد حديثين.

(٣) السُفْتَجة- بفتح السين المهملة والتاء المثناة فوق- كتاب لصاحب المال إلى وكيله في بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته السلامة من خطر الطريق ومؤنة الحمل. (المطلع)، والجمع سفاتج (المصباح).

قرض جر منفعة ، فهو ربا»[١] والثاني- لا يبطل ، لأن القصد إرفاق المقترض، فإذا بطل الشرط بقى الإرفاق بحاله .

فصل : وإن وفاه خـيراً منـه فى القدر ، أو الصفة من غير شـرط ، ولا مواطـأة جاز لحديث أبى رافع . وإن كتب له به سفتجة ، أو قضاه فى بلد آخر ، أو أهدى له هدية بعد الوفاء ، فلا بأس لذلك . وقال ابن أبى موسى : إن زاده مرة ، لم يجز أن يأخذ فى المرة الثانية زيادة قولاً واحداً . ولا يكره قرض المعروف ، بحسن القضاء . وذكر القاضى وجهاً فى كراهيته، لأنه يطمع فى حسن عادته، والأول أصح، لأن النبى ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء ، فلم يكن قرضه مكروهاً، ولأن خير الناس أحسنهم قضاء ، ففى كراهية قرضه تضييق على خير الناس وذوى المروآت.

فصل : وإن أهدى لـه قبل الوفاء من غير عادة ، أو استأجر منه بأكثر من الأجرة ، أو أجره شيئا بأقل ، أو استعمله عملاً ، فهو خبيث إلا أن يحسبه من دينه ، كما روى الأثرم : أن رجلاً كان له على سماك عشرون درهماً ، فجعل يهدى إليه السمك ويقومه ، حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً ، فسأل ابن عباس رضي الله عنه فقال : أعطه سبعة دراهم[٢] ، وروى ابن ماجة عن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه ، أو حمله على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبلها، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك»[٣] . فإن كانت بينهما عادة بذلك قبل القرض ، أو كافأه ، فلا بأس ، لهذا الحديث .

---

(١) **ضعيف.** رواه الحارث بن أبى أسامة فى «مسنده» [المطالب العالية ـ ١٥٤٢] من طريق حفص بن حمزة عن سوار بن مصعب عن عمارة الهمدانى عن على رضي الله عنه وفيه سوار بن مصعب وهو متروك كما فى «الميزان» للذهبى، والحديث ضعيف كما قال عبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٢٧٨/٣)، والحافظ فى «البلوغ» [٨٨١]، والبوصيرى فى «مختصر إتحاف السادة المهرة» [٣٠/٥].

(٢) **إسناده صحيح.** رواه البيهقى (٣٥٠/٥) من طريق شعبة، عن عمار الدهنى، عن سالم بن أبى الجعد به، وإسناده صحيح رجاله ثقات سوى عمار الدهنى وهو صدوق من رجال مسلم، كما فى «التقريب».

(٣) **ضعيف.** رواه ابن ماجه [٢٤٣٢]، والبيهقى (٣٥٠/٥) من طريق إسماعيل بن عياش، عن عتبة بن حميد الضبى، عن يحيى بن أبى إسحاق، عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، وفيه يحيى بن أبى إسحق =

فصل: وإن أفلس غريمه، فأقرضه ليوفيه كل شهر شيئاً منه، جاز، لأنه إنما انتفع باستيفاء ما استحق استيفاؤه. ولو كان له طعام عليه، فأقرضه مايشتريه به ويوفيه، جاز لذلك. ولو أراد تنفيذ نفقة إلى عياله، فأقرضها رجلاً ليوفيها لهم ، فلا بأس، لأنه مصلحة لهما، لا ضرر فيه، ولا يرد الشرع بتحريم ذلك . قال القاضي: ويجوز قرض مال اليتيم للمصلحة، مثل أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر ، ليربح خطر الطريق . وفي معنى هذا: قرض الرجل فلاحه حباً يزرعه في أرضه ، أو ثمناً يشتري به بقراً أو غيرها ، لأنه مصلحة لهما. وقال ابن أبي موسى: هو خبيث.

فصل: إذا قال المقرض: إن متُّ فأنت في حل ، فهي وصية صحيحة . وإن قال: إن متَّ ، فأنت في حل ، لم يصح ، لأنه إبراء علق على شرط . وإن قال: اقترض لي مائة ولك عشرة ، صح ، لأنها جعالة على ما بذله من جاهه . وإن قال : تكفل عني بمائة ولك عشرة ، لم يجز لأنه يلزمه أداء ما كفل به ، فيصير له على المكفول عنه، فيصير بمنزلة من أقرضه مائة ، فيصير قرضاً جر نفعاً. ولو أقرضه تسعين عدداً بمائة عدداً ، وزنهما واحد ، وكانت لا تتفق برءوسها ، فلا بأس به ، لأنه لا تفاوت بينهما في قيمة ولا وزن ، وإن كانت تتفق في موضع برءوسها ، لم يجز ، لأنه زيادة .

فصل: وإن أقرضه نصف دينار ، فأتاه بدينار صحيح، وقال : خذ نصفه وفاء ، ونصفه وديعة ، أو سلماً ، جاز . وإن امتنع من أخذه لم يلزمه ، لأن عليه ضرراً في الشركة . والسلم عقد يعتبر فيه الرضا، ولو أقرضه نصفاً قراضة على أن يوفيه نصفاً صحيحاً ، لم يجز ، لأنه شرط زيادة .



= الهنائي وهو مجهول، وإسماعيل بن عياش وهو صدوق في روايته عن الشاميين مخلط في غيرهم، كما في «التقريب»، وشيخه عتبة بن حميد الضبي من الكوفة وهو صدوق له أوهام، والحديث إسناده ضعيف، وقال البوصيري في «الزوائد» [٨٥٥] إسناده فيه مقال. اهـ.

باب
الرهن

وهو : المال يجعل وثيقة بالدين ليستوفي منه إن تعذر وفاؤه من المدين. ويجوز في السفر ، لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة : ٢٨٣]. وفى الحضر ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعاماً ورهنه درعه[١] متفق عليه. ولأنه وثيقة جازت فى السفر، فيجوز فى الحضر كالضمان والشهادة .

فصل : ويجوز الرهن بعوض القرض ، للآية . وبثمن المبيع ، للخبر . بكل دين يمكن استيفاؤه منه . كالأجرة ، والمهر ، وعوض الخلع ، ومال الصلح ، وأرش[٢] الجناية، والعيب ،وبدل المتلف . قياساً على الثمن ، وعوض القرض. وفى دين السلم روايتان: إحداهما– يصح الرهن به، للآية والمعنى. والأخرى– لا يجوز، لأنه لا يأمن هلاك الرهن بعدوان ، فيصير مستوفياً حقه من غير المسلم فيه. وقد قال النبى ﷺ : «من أسلم فى شئ ، فلا يصرفه إلى غيره»[٣] .

فصل : ولا يجوز الرهن بمال الكتابة، لأنه غير لازم. فإن للعبد تعجيز نفسه ولا يمكن استيفاؤه من الرهن، لأنه لو عجز، صار هو والرهن لسيده. ولا يجوز بما تحمل العاقلة من الدية قبل الحول، لأنه لم يجب، ولا يعلم أن مآله إلى الوجوب، فإنه يحتمل حدوث ما يمنع وجوبه. ويجوز الرهن به بعد الحول، لأنه دين مستقر. ولا يجوز بالجعل فى الجعالة قبل العمل، لعدم الوجوب، ويجوز بعده. وقال القاضى:

(١) سبق تخريجه (٢/٩٠).
(٢) أرش الجراحة: ديتها كما فى (المصباح)، **وهو اسم للواجب على** ما دون النفس كما فى (أنيس الفقهاء).
(٣) سبق تخريجه (٢/٢٤).

يحتمل جواز الرهن به قبل العمل لأن مآله إلى الوجوب. ولا يصح الرهن بما ليس بثابت في الذمة، كالثمن المتعين، والأجرة المتعينة في الإجارة، والمنافع المعينة. نحو أن يقول: أجرتك داري هذه شهراً، لأن العين لا يمكن استيفاؤها من الرهن، ويبطل العقد بتلفها. وقياس هذا أنه لا يصح الرهن بالأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم لأنه إن أخذ الرهن على عينها أيصح، لتعذر استيفاء العين من الرهن، وإن جعله بقيمتها إذا تلفت كان رهناً بما لم يجب ولا يعلم أن مآله إلى الوجوب. وقال القاضي: قياس المذهب صحة الرهن بها ، لصحة الكفالة بها.

فصل : ويصح الرهن بالحق بعد ثبوته . لقول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ** ﴾ [البقرة:٢٨٢]. إلى قوله: ﴿ **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ [البقرة:٢٨٣] ومع ثبوته وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع أو القرض ، لأن الحاجة داعية إليه. فإنه لو لم يشترطه ، لم يلزم الغريم الرهن . وإن رهن قبل الحق ، لم يصح في ظاهر المذهب، اختاره أبو بكر والقاضي ، لأنه تابع للدين ، فلا يجوز قبله كالشهادة . واختار أبو الخطاب صحته . فإذا دفع إليه رهناً على عشرة دراهم يقرضها إياه ، ثم أقرضه، لزم الرهن ، لأنه وثيقة بالحق، فجاز عقدها قبله كالضمان .

فصل : ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ، لأن العقد لحظه وحده ، فكان له فسخه كالمضمون له . ويلزم من جهة الراهن ، لأن الحظ لغيره فلزم من جهته ، كالضمان في حق الضامن ، ولأنه وثيقة فأشبه الضمان . ولا يلزم إلا بالقبض ، لقول الله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ ولأنه عقد إرفاق ، فافتقر إلى القبض كالقرض . وعنه في غير المكيل والموزون : أنه يلزم بمجرد العقد ، قياساً على البيع . والأول المذهب ، لأن البيع معاوضة ، وهذا إرفاق ، فهو أشبه بالقرض . وإذا كان الرهن في يد الراهن ، لم يجز قبضه إلا بإذنه ، لأنه له قبل القبض ، فلا يملك المرتهن إسقاط حقه بغير إذنه ، كالموهوب . فإن كان في يد المرتهن ، فظاهر كلامه لزومه بمجرد العقد ، لأن يده ثابتة عليه، وإنما يعتبر الحكم فقط ، فلم يحتج إلى قبض كما لو منع الوديعة صارت مضمونة . وقال القاضي وأصحابه : لا يلزم حتى تمضي مدة

يتأتى قبضه فيها ، ولو كان غائباً، لا يصير مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضـه فيها ، لأن العقد يفتقر إلى القـبض ، ولا يحصل القبض إلا بفعله ، أو إمكانه ، ثم هل يفتقر إلى إذن الراهن فى القبض ؟ على وجهين :

أحدهما– لا يفتقر إليه ، لأن إقراره عليه كإذنه فيه .

والثانى– يفتقر ، لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم ، فافتقر إلى الإذن كما لو لم يكن فى يده .

فصل : وإذا أذن فى القبض ، ثم رجع عنه قبل القبض ، أو قبل مضى مدة يتأتى القبض ، لما فى يده فيها، فهو كمن لم يأذن ، لأن الإذن قد زال . وإن أذن فيه ثم جن أو أغمى عليه ، زال الإذن ، بخروجه عن كونه من أهله . ويقوم ولى المجنون مقامه ، إن رأى الحظ فى القبض ، أذن فيه ، وإلا فلا .وإن تصرف الراهن فى الرهن قبل قبضه، بعتق أو هبة أو بيع أو جعله مهراً ، بطل الرهن ، لأن هذه التصرفات تمنع الرهن، فانفسخ بها . وإن رهنه ، بطل الأول ، لأن المقصود منه ينافى الرهن الأول . وإن دبره ، أو أجره أو زوج الأمة ، لم يبطل الرهن لأن هذه التصرفات لا تمنع البيع فلا تمنع صحة الرهن . وإن كاتب العبد ، وقلنا: يصح رهـن المكاتب، لم يبطل بكتابته . لأنه لا ينافيها . وإن قلنا : لا يصح رهنه ، بطل بها لتنافيهما .

فصل : وإن مـات أحـد المتـراهنين ، لم يبطل الرهن ، لأنه عـقـد لا يبطله الجنون، أو مآله إلى اللزوم ، فلم يبطله الموت كبيع الخيار . ويقوم وارث الميت مقامه فى الإقبـاض والقـبض ، فإن لم يكن على الراهن دين سـوى دين الرهن ، فلوارثه إقباضه . وإن كان عليه دين سواه ، فليس له إقباضه ، لأنه لا يملك تخصيص بعض الغرماء برهن . وعنه : لـه إقبـاضه ، لأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة ، بخلاف غيره . والأول أولى ، لأن حقوق الغرماء تعلقت بالتركة قبل لزوم حقه ، فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهن ، فإن أذن الغرماء فى إقباضه، جاز لأن الحق لهم ، فإذا قبضه ، لزم ، سواء مات قبل الإذن فى القبض أو بعده .

فصل : وإن حجر على الراهن قبل القبض ، لم يملك إقباضه، فإن كان الحجر لسفه ، قام وليه مقامه كما لو جن ، وإن كان لفلس ، لم يجز لأحد إقباضه إلا بإذن الغرماء ، لأن فيه تخصيص المرتهن بثمنه دونهم .

فصل : ومتى امتنع الراهن من إقباضه، وقلنا: إن القبض ليس بشرط في لزومه أجبره الحاكم على تقبيضه. وإن قلنا: هو شرط، لم يجبره، وبقي الدين بغير رهن. وهكذا إن انفسخ الرهن قبل القبض، إلا أن يكون مشروطاً في بيع، فيكون البائع بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه، لأنه لم يسلم له ما شرط، فأشبه ما لو شرط صفة في المبيع فبان بخلافها. وإن قبض الرهن فوجده معيباً، فله الخيار، لأنه لم يسلم له ما شرطه. فإن رضيه معيباً، فلا أرش له. لأن الرهن إنما لزم فيما قبض دون الجزء الفائت. وإن حدث العيب، أو تلف الرهن في يد المرتهن، فلا خيار له، لأن الراهن قد وفى له بما شرطه، وإن تعيب عنده، ثم أصاب به عيباً قديماً، فله رده، وفسخ البيع، لأن العيب الحادث عنده لا يجب ضمانه على المرتهن، وخرجه القاضي على الروايتين في المبيع. وإن علم بالعيب بعد تلفه، لم يملك فسخ البيع، لأنه قد تعذر عليه رد الرهن، لهلاكه.

فصل : ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع دينه ، لأنه وثيقة به ، فكان وثيقة بكل جزء منه كالضمان . فإن رهن شيئاً من رجلين ، أو رهن رجلان رجلا شيئاً ، فبرئ أحدهما ، أو برئ الراهن من دين أحدهما ، انفك نصف الرهن ، لأن الصفة التي في أحد طرفيها عاقدان عقدان، فلا يقف انفكاك أحدهما على فكاك الآخر ، كما لو فرق بين العقدين. فإن أراد الراهن مقاسمة المرتهن في الأولى أو أراد الراهنان القسمة في الثانية ولا ضرر فيها ، كالحبوب والأدهان ؛ أجبر الممتنع عليها، وإن كان فيها ضرر ، لم يجبر عليها ، كغير الرهن ، ويبقى الرهن مشاعاً .

فصل : واستدامة القبض كابتدائه في الخلاف في اشتراطه، للآية، ولأنها أحد حالتي الرهن ، فأشبهت الابتداء ، فإن قلنا باشتراطه ، فأخرجه المرتهن عن يده باختياره إلى الراهن ، زال لزومه ، وبقي كالذي لم يقبض ، مثل أن أجره إياه ، أو أودعه ، أو أعاره أو غير ذلك . فإن رده الراهن إليه ، عاد اللزوم بحكم العقد السابق

لأنه أقبضه باختياره ، فلزم به كالأول . وإن أزيلت يد المرتهن بعدوان ، كغصب ونحوه، فالرهن بحاله ، لأن يده ثابتة حكماً ، فكأنهما لم تزل .

فصل : والرهن أمانة فى يد المرتهن ، إن تلف بغير تعد منه ، لم يضمنه ، ولم يسقط شئ من دينه ، لما روى الأثرم عن سعيد بن المسيب قال : قضى رسول الله ﷺ أن الرهن لا يغلق ، والرهن ممن رهنه[1] . ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض عنه ، فلم يسقط بهلاكه كالضامن . وإن كان الرهن فاسداً ، لم يضمنه ، لأن ما لا يضمن بالعقد الصحيح ، لا يضمن بالفاسد وإن تلف قبل الحكم بقبضه، بطل عقد الرهن، لكن إن كان مشروطاً فى عقد بيع ثبت للبائع الخيار فى فسخه، وقد تقدم . وإن وقت الرهن فتلف بعد الوقت ، ضمنه ، لأنه مقبوض بغير عقد . وإن رهنه مغصوباً ، لم يعلم به المرتهن ، فهل للمالك تضمين المرتهن ؟ فيه وجهان: أحدهما- لا يضمنه ، لأنه دخل على أنه أمين . والثانى : يضمنه ، لأنه قبضه من يد ضامنه ، فإذا ضمنه رجع على الراهن فى أحد الوجهين ، لأنه غره. والثانى- لا يرجع ، لأن التلف حصل فى يده فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الراهن، فهل يرجع على المرتهن ؟ على وجهين، إن قلنا : يرجع المرتهن، لم يرجع الراهن، وإن قلنا : لا يرجع ثَمَّ، رجع ها هنا. وإن انفك الرهن بقضاء أو إبراء بقى الرهن أمانة لأن قبضه حصل بإذن المالك، لا ليختص القابض بنفعه فأشبه الوديعة.

فصل : إذا حل الدين فوفاه الراهن ، انفك الرهن . وإن لم يوفه وكان قد أذن فى بيع الرهن ، بيع واستوفى الدين من ثمنه، وما بقى ، فله . وإن لم يأذن ، طولب بالإيفاء أو ببيعه. فإن أبى ، أو كان غائباً ، فعل الحاكم ما يراه من إجباره على البيع أو القضاء ، أو بيع الرهن بنفسه ، أو بأمينه.



(١) سيأتى تخريجه إن شاء الله (٢/١٠٦).

باب
ما يصح رهنه وما لا يصح

يصح رهن كل عين يصح بيعها ، لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين باستيفائه من ثمنه عند تعذر استيفائه من الراهن ، وهذا يحصل بما يجوز بيعه . ويصح رهن المشاع، لأنه يجوز بيعه ، فجاز رهنه كالمفرز ، ثم إن اتفقوا على جعله في يد المرتهن أو يد عدل وديعة للمالك ، أو بأجرة ، جاز ، وإن اختلفا ، جعله الحاكم في يد عدل وديعة لهما ، أو يؤجره لهما محبوساً قدر الرهن للمرتهن ، وإن رهن نصيبه من جزء من المشاع وكان مما لا ينقسم ، جاز . وإن جازت قسمته ، احتمل جواز رهنه ، لأنه يصح بيعه ، واحتمل أن لا يصح ، لاحتمال أن يقتسماه ، فيحصل المرهون في حصة الشريك . ويصح رهن العبد المرتد والجاني ، لأنه يجوز بيعهما . وفي رهن القاتل في المحاربة وجهان ، بناء على بيعه . ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب ، لظهوره في بيعه . ويصح رهن من علق عتقه بصفة توجد بعد حلول الدين ، لإمكان استيفائه من ثمنه . وإن كانت الصفة توجد قبل حلول الدين ، لم يجز رهنه ، لأنه لا يمكن استيفاؤه من ثمنه . وإن كانت تحتمل الأمرين ، احتمل أن يصح رهنه ، لأن الأصل بقاء العقد ، والعتق قبله مشكوك فيه ، فهو كالمدبر . واحتمل أن لا يصح رهنه، لأنه يحتمل العتق قبل حلول الحق ، وهذا غرر لا حاجة إليه . فإن مات سيد المدبر وهو يخرج من الثلث ، أو وجدت الصفة ، عتق ، وبطل الرهن . ولا يصح رهن المكاتب ، لتعذر استدامة قبضه . ويتخرج أن يصح إن قلنا: استدامة القبض غير مشترطة ، وأنه يصح بيعه ، ويكون ما يؤديه من نجوم كتابته ، رهناً معه . وإن عتق ، بقي ما أداه رهناً ، كالقن إذا مات بعد الكسب ، وجميع هذه المعاني عيوب ، لها حكم غيرها من العيوب .

فصل : ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد ، لأنه مما يجوز بيعه ، وإيفاء الدين من ثمنه ، فأشبه الثياب ، فإن كان الدين يحل قبل فساده ، بيع وقضى من ثمنه . وإن كان يفسد قبل الحلول ، وكان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف ، كالعنب ، جفف. ومؤنة تجفيفه على الراهن ، لأنه من مؤنة حفظه ، فأشبه نفقة الحيوان . وإن كان مما لا يجفف ، فشرطا بيعه ، وجعل ثمنه رهناً ، فعلا ذلك . وإن لم يشترطاه ، ففيه وجهان: أحدهما- يصح الرهن ويباع كما لو شرطاه ، لأن الحال تقتضى ذلك لكون المالك لا يعرض ملكه للتلف ، فحمل مطلق العقد عليه ، كما يحمل على تجفيف العنب . والثاني: لا يصح ، لأن البيع إزالة ملكه قبل حلول الحق ، فلم يجبر عليه كغيره . وإن شرط أن لا يباع ، فسد وجهاً واحداً ، لأنه إن وفى بشرطه ، لم يمكن إيفاء الدين من ثمنه ، وإن رهنه عصيراً ، صح لذلك ، فإن تخمر خرج من الرهن ، لأنه لا قيمة له . فإن عاد خلاً ، عاد رهناً لأن العقد كان صحيحاً ، فلما طرأ عليه معنى ، أخرجه عن حكمه ، ثم زال المعنى ؛ عاد الحكم كما لو ارتد أحد الزوجين ، ثم عاد فى العدة عادت الزوجية. فإن كانت استحالته قبل القبض ، لم يعد رهناً ، لأنه ضعيف ، فأشبه الردة قبل الدخول .

فصل : ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، والزرع الأخضر مطلقاً وبشرط التبقية ، لأن الغرر يقل فيه ، لاختصاصه بالوثيقة مع بقاء الدين بحاله ، بخلاف البيع . قال القاضى : ويصح رهن المبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، لأن قبضه مستحق للمشترى ، فيمكنه قبضه ، ثم يقبّضُه وإنما منع من بيعه ، لئلا يربح فيما لم يضمنه وهو منهى عنه . وإن رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز ، فالرهن باطل ، لأنه مجهول حين حلول الحق ، فلا يمكن إمضاء الرهن على مقتضاه . وإن رهنها بدين حال ، أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها جاز ، لأنه لا غرر فيه ، فإن لم يقطعها حتى اختلطت ، لم يبطل الرهن، لأنه وقع صحيحاً . لكن إن سمح الراهن ببيع الجميع ، أو اتفقا على قدر منه ، جاز . وإن اختلفا وتشاحا ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأنه منكر .

فصل : ويصح رهن الجارية دون ولدها ، لأن الرهن لا يزيل الملك ، فلا يحصل التفريق فيه . فإن احتيج إلى بيعها ، بيع ولدها معها ، لأن التفريق بينهما محرم ، والجمع بينهما في البيع جائز ، فتعين . وللمرتهن الثمن بقدر قيمة الجارية منه وكونها ذات ولد عيب ، لأنه ينقص من ثمنها .

فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه ، غير ما ذكرنا ، كالوقف وأم الولد والكلب ونحوها ، لأنه لا يمكن إيفاء الدين منه وهو المقصود . ولا يصح رهن ما لا يقدر على تسليمه ، ولا المجهول الذى لا يجوز بيعه ، لأن الصفات مقصودة فى الرهن لإيفاء الدين ، كما تقصد فى البيع للوفاء بالثمن، ولا رهن مال غيره بغير إذنه، ويتخرج جوازه ويقف على إجازة مالكه ، كبيعه . فإن رهن عيناً يظنها لغيره وكانت ملكه ، ففيه وجهان: أحدهما- يصح ، لأنه صادف ملكه . والثانى- لا يصح ، لأنه عقده معتقداً فساده . ولا يصح رهن المرهون من غير إذن المرتهن ، لأنه لا يملك بيعه فى الدين الثانى ، فإن رهنه عند المرتهن بدين آخر ، مثل أن رهنه عبداً على ألف ، ثم استدان منه ديناً آخر ، وجعل العبد رهناً بهما ، لم يصح ، لأنه رهن مستحق بدين ، فلم يجز رهنه بغيره كما لو رهنه عند غير المرتهن .

فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه من أرض الشام والعراق ونحوه مما فتح عنوة فى ظاهر المذهب ، لأنها وقف . وما فيها من بناء من ترابها ، فحكمه حكمها وما جدد فيها من غراس وبناء من غير ترابها ، إن أفرده بالرهن ، ففيه روايتان: إحداهما- لا يصح ، لأنه تابع لما لا يجوز رهنه ، فهو كأساسات الحيطان. والثانية- يجوز ، لأنه مملوك غير موقوف ، وإن رهنه مع الأرض ، بطل فى الأرض، وفى الغراس والبناء وجهان بناء على تفريق الصفقة .

فصل : وفى رهن المصحف ، روايتان ، كبيعه . وإن رهنه أو رهن كتب الحديث ، أو عبداً مسلماً لكافر ، لم يصح ، لأنه لا يصح بيعه له ، ويحتمل أن يصح إذا شرط كونه فى يد مسلم ، ويبيعه الحاكم إن امتنع مالكه ، لأن الرهن لا ينقل الملك إلى الكافر ، بخلاف البيع . ولا يجوز رهن المنافع ، لأنها تهلك إلى حلول

الحق . ولو رهنه أجرة داره شهراً ، لم يصح ، لأنه مجهول . ولو رهن المكاتب من يعتق عليه ، لم يصح ، لأنه لا يملك بيعه .

باب
ما يدخل فى الرهن وما لا يدخل
وما يملكه الراهن ، وما لا يملكه ، وما يلزمه ، وما لا يلزمه

جميع نماء الرهن المنفصل والمتصل يدخل فى الرهن ويباع معه ، لأنه عقد وارد على الأصل ، فثبت حكمه فى نمائه كالبيع ، أو نماء حادث من عين الرهن ، أشبه المتصل . ولو ارتهن أرضاً ، فنبت فيها شجر ، دخل فى الرهن ، لأنه من نمائها، سواء نبت بنفسه أو بفعل الراهن . ويدخل فيه الصوف واللبن الموجودان ، والحادثان ، لدخولهما فى البيع . وإن رهنه أرضاً ذات شجر ، أو شجراً مثمراً ، فحكمه فى ذلك حكم البيع . وإن رهنه داراً فخربت ، فأنقاضها رهن ، لأنها من أجزائها . وإن رهنه شجراً ، لم تدخل أرضه فى الرهن ، لأنها أصل فلا يدخل تبعاً .

فصل : ولا يملك الراهن التصرف فى الرهن باستخدام ولا سكنى ، ولا إجارة ولا إعارة ، ولا غيرها بغير رضى المرتهن . ولا يملك المرتهن التصرف فى ذلك بغير رضى الراهن . فإن لم يتفقا على التصرف ، كانت منافعه معطلة تهلك تحت يد المرتهن -حتى يفك ، لأن الرهن عين محبوسة على استيفاء حق ، فأشبهت المبيع المحبوس على ثمنه . وإن اتفقا على إجارته أو إعارته ، جاز فى قول الخرقى وأبى الخطاب ، لأن يد المستأجر والمستعير نائبة عن يد المرتهن فى الحفظ ، فجاز ، كما لو جعلاه فى يد عدل . ولا فائدة فى تعطيل المنافع ، لأنه تضييع مال نهى النبى ﷺ عنه[1]

---

(١) روى البخارى [١٤٧٧]، ومسلم [٥٩٣] فى الأقضية باب **النهى** عن كثرة المسائل، وأحمد (٤/٢٤٦) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه مرفوعاً: «**إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وإضاعة** =

وقال أبو بكر : لا تجوز إجارته، فإن فعلا بطل الرهن ، لأن الرهن يقتضى الحبس عند المرتهن أو نائبه، فمتى وجد عقد يقتضى زوال الحبس ، بطل الرهن . وقال ابن أبى موسى : إن أجره المرتهن ، أو أعاره بإذن الراهن ، جاز . وإن فعل ذلك الراهن بإذن المرتهن ، فكذلك فى أحد الوجهين . وفى الآخر يخرج من الرهن ، لأن المستأجر قائم مقام الراهن ، فصار كما لو سكنه الراهن .

فصل : ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ، كمداواته بما لا يضر ، وفصده وحجمه عند حاجته إليه ، وودج الدابة وتبزيغها ، وإطراق الإناث عند حاجتها ، لأنه إصلاح لماله من غير ضرر ، فلم يمنع منه،كالعلف . وإن أراد قطع شئ من بدنه ، لخبيثة فيه ، وقال أهل الخبرة : الأحوط قطعها ، فله فعله، وإن تساوى الخوف فى قطعها ، وتركها ، فامتنع أحدهما من قطعها ، فله ذلك، لأن فيه خطراً بحقه . وللراهن مداواة الماشية من الجرب بما لا ضرر فيه ، كالقطران بالزيت اليسير ، وإن خيف ضرره كالكثير لم يملكه . وليس له قطع الأصبع الزائدة والسلعة ، لأنه يخاف منه الضرر ، وتركها لا يضر. وليس له الختان إن كان لا يبرأ منه قبل محل الحق ، لأنه ينقص ثمنه . وإن كان يبرأ قبله والزمان معتدل ، لم يمنع منه ، لأنه يزيد به الثمن ، ولا يضر المرتهن . وليس للمرتهن فعل شئ من ذلك بغير رضى الراهن .

فصل : ولا يملك الراهن بيع الرهن ، ولا هبته ، ولا جعله مهراً ، ولا أجرة، ولا كتابة العبد ، ولا وقفه ، لأنه تصرف يبطل به حق المرتهن من الوثيقة ، فلم يصح من الراهن بنفسه، كالفسخ . وفى الوقف وجه آخر، أنه يصح ، لأنه يلزم لحق الله تعالى ، أشبه العتق، والأول الصحيح ، لأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير ، فلم يصح ، كالهبة . ولا يصح تزويج الرقيق، وقال القاضى : له تزويج الأمة، ويمنع الزوج وطأها ، والأول أصح ، لأنه ينقص ثمنها فلم يصح ، كتزويج العبد .

فصل : ولا يجوز له عتق الرهن ، لأن فيه إضراراً بالمرتهن ، وإسقاط حقه

= **المال، وكثرة السؤال»**، وفى الباب من حديث أبى هريرة ومعقل بن يسار ﷺ .

اللازم، فإن فعل نفذ عتقه ، نص عليه ، لأنه محبوس ، لاستيفاء حق فنفذ فيه عتق المالك ، كالمحبوس على ثمنه . وعنه : لا ينفذ عتق المعسر، لأنه عتق فى ملكه ، يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر ، كالعتق فى العبد المشترك . فإن أعتق الموسر ، فعليه قيمته تجعل مكانه رهناً ، لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن فلزمته قيمته ، كما لو قتله . وإن أعتق المعسر فالقيمة فى ذمته ، إن أيسر قبل حلول الحق ، أخذت منه رهناً، وإن أيسر بعد حلول الحق ، طولب به خاصة ، لأن ذمته تبرأ به من الحقين معاً . وتعتبر القيمة حين الإعتاق ، لأنه حال الإتلاف .

فصل : وليس للراهن وطء الجارية، وإن كانت لا تحبل ، لأن من حرم وطؤها يستوى فيه من تحبل ، ومن لا تحبل ، كالمستبرأة . فإن وطئ فلا حد عليه، لأنها ملكه. فإن نقصها لكونها بكراً ، أو أفضاها ، فعليه ما نقصها ، إن شاء جعله رهناً، وإن شاء جعله قصاصاً من الحق . وإذا لم تحمل منه ، فهى رهن بحالها ، كما لو استخدمها . وإن ولدت منه ، فولده حر ، وصارت أم ولد له ، لأنه أحبلها بحُر فى ملكه، وتخرج من الرهن ، موسراً كان أو معسراً، رواية واحدة ، لأن الإحبال أقوى من العتق ، ولذلك ينفذ إحبال المجنون ، دون عتقه، وعليه قيمتها يوم إحبالها ، لأنه وقت إتلافها . وإن تلفت بسبب الحمل، فعليه قيمتها ، لأنها تلفت بسبب كان منه.

فصل : وكل ما منع الراهن منه لحق المرتهن ، إذا أذن فيه جاز له فعله ، لأن المنع لحقه ، فجاز بإذنه . فإن رجع عن الإذن قبل الفعل ، سقط حكم الإذن . فإن لم يعلم بالرجوع حتى فعل ، فهل يسقط الإذن ؟ فيه وجهان، بناء على عزل الوكيل بغير علمه . فإن تصرف بإذنه فيما ينافى الرهن من البيع والعتق ونحوهما ، صح تصرفه وبطل الرهن ، لأنه لا يجتمع مع ما ينافيه ، إلا البيع ، فله ثلاثة أحوال: أحدها– أن يبيعه بعد حلول الحق فيتعلق حق المرتهن بالثمن ، ويجب قضاء الدين منه، إلا أن يقضيه من غيره، لأن مقتضى الرهن بيعه ، واستيفاء الحق من ثمنه .

الثانى– أن يبيعه قبل حلول الحق بإذن مطلق ، فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن

من الوثيقة ، لأنه تصرف في عين الرهن تصرفاً لا يستحقه المرتهن، فأبطله كالعتق.

الثالث- أن يشرط جعل الثمن رهناً ، أو تعجيل دينه من ثمنه ، فيصح البيع والشرط ، لأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق ، جاز ، فكذلك قبله .

وإن أذن له في الوطء والتزويج ، جاز ، لأنه منع منه لحقه ، فجاز بإذنه ، فإن فعل لم يبطل الرهن ، لأنه لا ينافيه. فإن أفضى إلى الحمل أو التلف ، فلا شئ على الراهن ، لأنه مأذون في سببه . وإن أذن له في ضربها ، فتلفت به ، فلا ضمان عليه، لأنه تولد من المأذون ،كتولد الحمل من الوطء .

فصل : ويلزم الراهن مؤنة الرهن كلها، من نفقة، وكسوة، وعلف، وحرز، وحافظ، وسقى ، وتسوية، وجذاذ، وتجفيف، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : **«الرهن من راهنه ، له غنمه وعليه غرمه»**[1] ، وهذا من غرمه، ولأنه ملكه فكانت نفقته عليه. كالذى في يده. فإن احتاج إلى دواء، أو فتح عرق، لم يلزمه، لأن الشفاء بيد الله تعالى، وقد يحيا بدونه، بخلاف النفقة. ولا يجبر على إطراق الماشية، لأنه ليس مما يحتاج إليه لبقائها ، وليس عليه ما يتضمن زيادة الرهن. فإن احتاجت إلى راع، لزمه ، لأنه لاقوام لها بدونه، فإن أراد السفر بها ليرعاها ولها في مكانها مرعى تتماسك به ، فللمرتهن منعه ، لأن فيه إخراجها عن يده ونظره، وإن أجدب مكانها فللراهن السفر بها، لأنه موضع حاجة . فإن اتفقا على السفر بها، واختلفا في مكانها قدمنا قول من يطلب الأصلح ، فإن استويا ، قدم قول المرتهن ، لأنه أحق باليد .

فصل : وليس للمرتهن أن ينتفع من الرهن بغير إذن الراهن بشئ، لقول النبى ﷺ : **«الرهن من الراهن ، له غنمه»**، ومنافعه من غنمه، ولأن المنافع ملك للراهن،

---

(١) **صحيح**. رواه ابن حبان [٥٩٣٤]، والدارقطنى (٣٢/٣)، والحاكم (٥١/٢)، والبيهقى (٣٩/٦) من حديث أبى هريرة مرفوعاً بلفظ: «لا يغلق الرهن» ــ الحديث. قال الدارقطنى: هذا إسناد حسن متصل. اهـ. وصححه الحاكم على شرط الشيخين. ورواه الشافعى فى «المسند» [٥٦٨]، والبيهقى (٣٩/٦)، والطحاوى فى «شرح المعانى» (١٠٠/٤) مرسلاً من طريق الزهرى عن سعيد بن المسيب به. وصحح إرساله أبو داود فى «المراسيل» [١٩١-١٩٥] وصحح وصله ابن عبد البر فى «التمهيد» (٤٣٥/٦)، وعبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٢٧٩/٣)، وابن القطان فى «بيان الوهم» (٤٣١/٥).

فلم يجز أخذها بغير إذنه كغير الرهن ، إلا ما كان مركوباً أو محلوباً ففيه روايتان: إحداهما – هو كغيره، لما ذكرنا .

والثانية– للمرتهن الإنفاق عليه ، ويركب ويحلب بقدر قيمته ، متحرياً للعدل في ذلك ، سواء تعذر الإنفاق من المالك أو لم يتعذر، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : **«الرهن يركب بنفقته ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة»** رواه البخارى . وفى لفظ : **«فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب ، وعلى الذى يشرب نفقته ، ويركب»**[1] . فإن أنفق متبرعاً، فلا شئ له رواية واحدة . وليس له استخدام العبد بقدر نفقته، وعنه: له ذلك إذا امتنع مالكه من الإنفاق عليه ، كالمركوب والمحلوب . قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشئ ، لأن القياس يقتضى ذلك ، خولف فى المركوب والمحلوب للأثر ، ففى غيره يبقى على القياس .

فصل : فإن أنفق المرتهن على الرهن متبرعاً ، لم يرجع. وإن أنفق بإذن الراهن بنية الرجوع ، رجع بما أنفق ، لأنه نائب عنه ، فأشبه الوكيل. وإن أنفق بغير إذنه ، معتقداً للرجوع نظرنا ، فإن كان مما لا يلزم الراهن ، كعمارة الدار ، لم يرجع بشئ ، لأنه تبرع بما لا يلزمه ، فلم يرجع به كغير المرتهن ، وإن كان مما يلزمه ، كقوت الحيوان ، وكفن العبد ، فهل يرجع به ؟ على روايتين ، بناء على من قضى دينه بغير إذنه .

فصل : فإذا أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع به بغير عوض ، والرهن فى قرض، لم يجز ، لأنه يصير قرضاً جر منفعة ، وإن كان فى غير قرض ، جاز لعدم ذلك . وإن أذن له فى الانتفاع بعوض ، مثل أن أجره إياه ، فإن حاباه فى الأجرة فهو

---

(١) رواه البخارى [٢٥١١] مختصراً، ورواه ابن حبان [٥٩٣٥] بهذا اللفظ. ورواه البخارى [٢٥١٢]، وأبو داود [٣٥٢٦]، والترمذى [١٢٥٤]، وابن ماجه [٢٤٤٠]، وأحمد (٢/٤٧٢) بلفظ: **«الظهر يركب»**. وأما لفظ: **«فعلى المرتهن علفها»** فرواه أحمد (٢/٢٢٨)، والدارقطنى (٣/٣٤).

كالانتفاع بغير عوض ، وإن لم يحابه فيها ، جاز في القرض وغيره ، لأنه ما انتفع بالقرض ، إنما انتفع بالإجارة . وقال القاضي : ومتى استأجره المرتهن أو استعاره، خرج من الرهن في مدتهما ، لأنه طرأ عليه عقد أوجب استحقاقه في الإجارة برضاهما ، فإذا انقضى العقد ، عاد الرهن بحكم العقد السابق ، والصحيح أنه لا يخرج بذلك عن الرهن ، لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين ، لكنه في العارية ، يصير مضموناً ، لأن العارية مضمونة .

فصل : فإن انتفع به بغير إذن الراهن ، فعليه أجرة ذلك في ذمته، فإن كان الدين من جنسها تقاصت هي وقدرها من الدين وتساقطا ، وإن تلف الرهن ضمنه ، لأنه تعدى فيه فضمنه كالوديعة .

باب
جناية الرهن والجناية عليه

إذا جنى الرهن على أجنبي ، تعلق حق المجني عليه برقبته ، وقدم على المرتهن، لأنه يقدم على المالك ، فأولى أن يقدم على المرتهن، فإن سقط حق المجني عليه بعفو أو فداء ، بقي حق المرتهن ، لأنه لم يبطل، وإنما قدم حق المجني عليه ، لقوته، فإذا زال ، ظهر حق المرتهن. وإن كان الحق قصاصاً في النفس اقتص منه ، وبطل الرهن. وإن كان في الطرف اقتص منه، وبقي الرهن في باقيه . وإن كان مالاً أو قصاصاً ، فعفي عنه إلى مال فأمكن إيفاء حقه ، ببيع بعضه ، بيع منه بقدرما يقضي به حقه ، وباقيه رهن، وإن لم يمكن إلا ببيع جميعه ، بيع ، فإن استغرق ثمنه ، بطل الرهن وإن فضل منه شيء ، تعلق به حق المرتهن . وإن كان أرش الجناية عليه أكثر من ثمنه، فطلب المجني عليه تسليمه للبيع ، وأراد الراهن فداءه ، فله ذلك ، لأن حق المجني عليه في قيمته لا في عينه ، ويفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته،

في أحد الوجهين ، لأن ما يدفعه عوض عنه ، فلم يلزمه أكثر من قيمته ، وفي الآخر يلزمه أرش الجناية كله أو تسليمه ، لأنه ربما رغب فيه فاشتراه بأكثر من قيمته فينتفع به المجني عليه . وإن أبى الراهن فداءه ، فللمرتهن فداؤه بمثل ما يفديه به الراهن ، وحكمه في الرجوع بذلك حكم ما يقضي به دينه فإن شرط جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول ، لم يصح ، لأن العبد رهن فلم يجز رهنه بدين سواه ، وأجازه القاضي ، لأن المجني عليه يملك إبطال الرهن بالبيع فصار كالجائز قبل القبض، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة، ولأن الحق متعلق به، وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن، بخلاف غيره .

فصل: فإن جنى على سيده جناية لا توجب قصاصاً، فهي هدر، لأنه مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله، كما لو لم يكن رهناً. وإن كانت موجبة للقود فيما دون النفس، فعفى على مال، سقطت مطلقاً، لذلك. وإن أحب القصاص، فله ذلك لأن القصاص يجب للزجر ، والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده . وإن كانت على النفس، فللورثة القصاص، وليس لهم العفو على مال في أحد الوجهين، لما ذكرنا في السيد، ولأنهم يقومون مقام الموروث، ولم يكن له العفو على مال، فكذلك وارثه. والثاني– لهم ذلك ، لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم فأشبه الجناية على أجنبي.

فصل: فإن جنى على موروث سيده ، ولم ينتقل الحق إلى سيده ، فهي جناية على أجنبي، وإن انتقل إليه ، وكانت الجناية موجبة للقصاص في طرف ، فمات المجني عليه ، فللسيد القصاص والعفو على مال ، لأن المجني عليه ملك ذلك فملكه وارثه. وإن كانت على النفس فكذلك في أحد الوجهين، والثاني– ليس له العفو على مال ، كما لو كانت الجناية على نفسه، وأصلهما : هل يثبت للموروث ثم ينتقل إلى الوارث ، أو للوارث ابتداء؟ وفيه روايتان، فإن قلنا: يثبت للوارث ابتداء ، فليس له العفو على مال ، كالجناية على طرف نفسه، وإن قلنا: يثبت للموروث، فله العفو على مال، لأن الحق ينتقل إليه على الصفة التي كان لموروثه، لكون الاستدامة أقوى من الابتداء. وإن كانت الجناية موجبة للمال ، أو كان الموروث قد عفى على

مال، ثبت ذلك للسيد، لذلك، فيقدم على المرتهن .

فصل : وإن جنى على عبد لسيده غير مرهون ، فحكمه حكم الجناية على طرف سيده . وإن كان مرهوناً عند مرتهن القاتل بحق واحد ، والجناية موجبة للمال، أو عفا السيد على مال، ذهبت هدراً، كما لو مات حتف أنفه . وإن كان رهناً بحق آخر ، تعلق دين المقتول برقبة القاتل ، إن كانت قيمة المقتول أكثر من قيمة القاتل ، أو مساوية لها، وإن كانت أقل تعلقت برقبة القاتل بقدر قيمة المقتول، فأي الدينين حل أولاً ، بيع فيه ، فاستوفى من ثمنه ، وباقيه رهن بالآخر. وإن كان المقتول رهناً عند غير مرتهن القاتل ، وكانت الجناية موجبة للقصاص ، فللسيد الخيرة بين القصاص والعفو على مال ، لأنه يتعلق به حق غيره ، ويثبت المال في رقبة العبد، فإن كان لا يستغرق قيمته ، بيع منه بقدر أرش الجناية ويكون رهناً عند مرتهن المجني عليه ، وباقيه رهن بدينه، وإن لم يمكن بيع بعضه، بيع كله، وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك. وإن كانت الجناية تستغرق قيمته ، فالثاني أحق به، وهل يباع ، أو ينقل فيجعل رهناً عنده ؟ فيه وجهان: أحدهما- لا يباع لعدم الفائدة في بيعه. والثاني- يباع ، لأنه ربما زاد فيه مزايد فاشتراه بأكثر من قيمته. وكل موضع قلنا : للسيد القصاص، أو لوارثه ، فاقتص ، فقال بعض أصحابنا: عليه قيمته ، تجعل مكانه ، لأنه أتلف الرهن باختياره ، ويحتمل أن لا يجب عليه شيء ، لأنه اقتص بإذن الشارع ، فلم يجب شيء، كالأجنبي .

فصل : وجنايته بإذن سيده كجنايته بغير إذنه ، إلا أن يكون صبياً ، أو أعجمياً لا يعلم تحريم الجناية ، فيكون السيد هو الجاني يتعلق به القصاص والدية، كالمباشر لها ، ولا يباع العبد فيها ، وقيل : يباع إذا كان معسراً ، لأنه باشر الجناية، والأول أصح ، لأن العبد آلة ، ولو تعلقت به الجناية ، بيع فيها وإن كان سيده موسراً.

فصل : وإن جنى على الرهن ، فالخصم الراهن ، لأنه مالكه ومالك بدله ، فإن كانت الجناية موجبة للقصاص ، فله أن يقتص أو يعفو، فإن اقتص ، ففيه وجهان: أحدهما- عليه قيمته تجعل مكانه ، لأنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن،

فغرم قيمته ، كما لوكانت الجناية موجبة للمال . والثاني- لا شئ عليه ، لأنه لم يجب بالجناية مال ، ولا استحق بحال ، وليس على الراهن السعي للمرتهن في اكتساب مال. وإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، كان رهناً مكانه.
فإن عفا الراهن عن المال ، لم يصح عفوه ، لأنه محل تعلق به حق المرتهن فلم يصح عفو الراهن عنه، كما لو قبضه المرتهن ، وقال أبو الخطاب : يصح وتؤخذ منه قيمته تكون رهناً ، لأنه أتلفه بعفوه . وقال القاضي : تؤخذ قيمته من الجاني ، فتجعل مكانه ، فإذا زال الرهن ، ردت إلى الجاني ، كما لو أقرعلى عبده المرهون بالجناية.
وإن عفا الراهن عن الجناية الموجبة للقصاص إلى غير مال، انبنى على موجب العمد فإن قلنا: أحد شيئين ، فهو كالعفو عن المال، وإن قلنا : القصاص، فهو كالاقتصاص ، فيه وجهان .

فصل : إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه ، فكذبه المرتهن ، وولي الجناية ، لم يسمع قوله ، وإن صدقه ولي الجناية وحده، قبل إقراره على نفسه دون المرتهن ، فيلزمه أرش الجناية ، لأنه حال بين المجني عليه ، وبين رقبة الجاني بفعله ، فأشبه ما لو قتله. فإن كان معسراً ، فمتى انفك الرهن ، كان المجني عليه أحق برقبته، وعلى المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك ، فإن نكل ، قضي عليه . وفيه وجه آخر ، أنه يقبل إقرار الراهن ، لأنه غير متهم ، لأنه يقر بما يخرج الرهن من ملكه ، وعليه اليمين ، لأنه يبطل بإقراره حق المرتهن فيه. وإن أقر أنه كان أعتقه ، عتق ، لأنه يملك عتقه ، فملك الإقرار به ، فيخرج العبد من الرهن ، ويؤخذ من الراهن قيمته تجعل مكانه ، ولا يقبل قوله في تقدم عتقه ، لأنه يسقط به حق المرتهن من عوضه.

فصل : وإن أقر رجل بالجناية على الرهن ، فكذبه الراهن والمرتهن ، فلا شئ لهما . وإن صدقه الراهن وحده فله الأرش ، ولا حق للمرتهن فيه، لإقراره بذلك وإن صدقه المرتهن وحده ، أخذ الأرش فجعل رهناً عنده ، فإذا خرج من الرهن ، رجع إلى الجاني ، ولا حق للراهن فيه .

باب
الشروط في الرهن

يصح شرط جعل الرهن في يد عدل ، فيقوم قبضه مقام قبض المرتهن ، لأنه قبض في عقد ، فجاز التوكيل فيه ، كقبض الموهوب . وما دام العدل بحاله ، فليس لأحدهما ، ولا للحاكم نقله عن يده ، لأنهما رضياه ابتداء ، وإن اتفقا على نقله ، جاز ، لأن الحق لهما لا يعدوهما . وإن تغيرت حاله بفسق ، أوضعف عن الحفظ ، أو عداوة لهما ، أو لأحدهما ، فلمن طلب نقله منهما ذلك، لأنه متهم في حقه ، ففي بقائه في يده ضرر ، ثم إن اتفقا على من يضعانه عنده ، جاز ، وإن اختلفا ، وضعه الحاكم في يد عدل ، وإن اختلفا في تغير حاله ، بحث الحاكم وعمل بما يظهر له. وإن مات العدل ، لم يكن لوارثه إمساكه إلا بتراضيهما ، لأنهما ما ائتمناه. وإن رده العدل عليهما ، لزمهما قبوله ، لأنه متطوع بحفظه ، فلم يلزمه المقام عليه، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم ، فإن تغيبا ، أو كانا غائبين ، نصب الحاكم أميناً يقبضه لهما ، لأن للحاكم ولاية على الغائب الممتنع من الحق. وإن دفعه الحاكم إلى أمين من غير امتناعهما ، ولا غيبتهما ضمن الحاكم والأمين معاً ، لأنه لا ولاية له على غير الممتنع والغائب. وإن امتنعا ، أو غابا ، فلم يجد حاكماً ، فتركه عند عدل آخر ، لم يضمن لأنه حال حاجته. وإن أودعه مع قدرته على الحاكم ، ضمن، لأنه يقوم مقامهما . وكذلك لو أودعه من غير امتناعهما ، ولا غيبتهما ، ضمن هو والقابض معاً . وإن امتنع أحدهما ، ولم يجد حاكماً ، لم يكن له دفعه إلى الآخر، فإن فعل، ضمن ، لأنه يمسكه لنفسه . والعدل يمسكه لهما ، فإن رده إلى يده ، زال الضمان.

فصل : وإن شرط جعله في يد اثنين ، صح الشرط ، ولم يكن لأحدهما

الانفراد بحفظه ، لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً ، فلم يجز لأحدهما الانفراد بحفظه، كالوصيين. فإن سلمه أحدهما إلى صاحبه ، ضمن نصفه ، لأنه القدر الذى تعدى فيه ، فإن مات أحدهما ، أو تغير حاله ، أقيم مقامه عدل .

فصل: وكل من جاز توكيله جاز جعل الرهن على يديه ، مسلماً كان أو كافراً، عدلاً أو فاسقاً ، ذكراً أو أنثى، لأنه جاز توكيله فى غير الرهن ، فجاز فيه ، كالعدل . ولا يجوز أن يكون صبياً أو مجنوناً ، لأنه غير جائز التصرف ، فإن فعلا ، كان قبضه وعدمه واحداً . وإن كان عبداً ، فله حفظه بإذن سيده ، ولا يجوز بغير إذنه. لأن منافعه لسيده ، فلا يجوز تضييعها فى الحفظ من غير إذنه. وإن كان مكاتباً وكان بغير جعل ، لم يجز ، لأنه ليس له التبرع ، وإن كان بجُعْلٍ ، جاز ، لأن له الكسب بغير إذن سيده. فإن لم يشرط جعله فى يد أحد ، فهو فى يد المرتهن، لأنه المستوجب للعقد، فكان القبض له كالمتهب ، فإن قبضه ثم تغيرت حاله فى الثقة ، أو الحفظ ، أو حدث بينهما عداوة ، فللراهن دفعه إلى الحاكم ، ليزيل يده ، ويجعل فى يد عدل ، لأنه لم يرض بحفظه فى هذه الحال . وإن اختلفا فى تغير حاله ، بحث الحاكم ، وعمل بما بان له . وإن مات المرتهن ، نقل عن الوارث إلى عدل، لأن الراهن لم يرض بحفظه .

فصل: إذا شرط أن يبيعه المرتهن ، أو العدل عند حلول الحق، صح شرطه، لأن ما صح توكيل غيرهما فيه ، صح توكيلهما فيه ، كبيع عين أخرى . فإن عزلهما الراهن ، صح عزله ، لأن الوكالة عقد جائز ، فلم يلزم المقام عليهما ، كما لو وكل غيرهما ، أو وكلهما فى بيع غيره. ولو مات المرتهن ، لم يكن لوارثه البيع، لأنه لم يؤذن له ، ويتخرج أنه لا يملك عزلهما ، لأنه يفتح باب الحيلة ، فإن عزل المرتهن العدل عن البيع ، لم يملكه إلا فى الحال التى يملكه الراهن ، لأنه وكيله خاصة. وإن أذن له فى بيع الرهن فتلف بجناية، وجعلت قيمته مكانه ، فقال القاضى: قياس المذهب أن له بيعها ، لأنه يجوز له بيع نمائه ، فبيع قيمته أولى ، والصحيح أنه لا يملك بيعها ، لأنه لم يؤذن له فيه ، ولا هى تبع لما أذن فيه ، بخلاف النماء .

فصل : وإن أذنا له في البيع بنقد ، لم يكن له خلافهما ، لأنه وكيلهما. وإن أطلقا أو اختلفا ، باع بنقد البلد ، لأن الحظ فيه ، فإن كان فيه نقود ، باع بأغلبها ، وإن تساوت ، باع بما يرى الحظ فيه ، لأن الغرض تحصيل الحظ ، فإن تساوت ، باع بجنس الدين ، لأنه يمكن القضاء منه ، فإن لم يكن فيها جنس الدين، عين له الحاكم ما يبيع به، وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط في الثمن على ما سنذكره. فإذا باع وقبض الثمن ، فتلف في يده من غير تعد ، فلا ضمان عليه ، لأنه أمين وهو من ضمان الراهن ، لأنه ملكه، فإن أنكر الراهن تلفه ، فالقول قول العدل مع يمينه ، لأنه أمين، فهو كالمودع . وإن قال : ما قبضته من المشترى ، فالقول قول العدل، لذلك ، ويحتمل أن لا يقبل قوله ، لأن هذا إبراء للمشترى . وإن خرج الرهن مستحقاً ، فالعهدة على الراهن دون العدل ، لأنه أمين، وإن استحق بعد تلف الثمن في يد العدل ، رجع المشترى على الراهن دون العدل ، لأنه قبض منه على أنه أمين في قبضه وتسليمه إلى المرتهن ، وإن كان الثمن باقياً في يد العدل ، أو المرتهن ، رجع المشترى فيه ، لأنه عين ماله قبض بغير حق. وإن وجد المشترى بالمبيع عيباً فرده بعد قبض المرتهن ثمنه ، لم يرجع عليه ، لأنه قبضه بحق، ولا على العدل ، لأنه أمين ، ويرجع على الراهن ، إلا أن يكون العدل لم يعلم المشترى أنه وكيل ، فيكون رجوعه عليه ، ثم يرجع هو على الراهن. فإن تلف المبيع في يد المشترى ، ثم بان مستحقاً ، فلمالكه تضمين من شاء من الراهن والعدل والمرتهن ، لأن كل واحد منهم قبض ماله بغير حق ، ويستقر الضمان على المشترى ، لأن التلف حصل في يده ، ويرجع على الراهن بالثمن الذى أخذ منه ، وإذا باع العدل الرهن بيعاً فاسداً ، وجب رده ، فإن تعذر رده ، فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشترى أقل الأمرين ، من قيمة الرهن ، أو قدر الدين، لأنه يقبض ذلك مستوفياً لحقه ، لا رهناً ، فلم يكن له أكثر من دينه ، وما بقى للراهن يرجع به على من شاء منهما ، وإن وفى الراهن المرتهن ، رجع بقيمته على من شاء منهما ، ويستقر الضمان على المشترى ، لحصول التلف في يده .

فصل: إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن، فأنكره، ففيه وجهان: أحدهما- القول قول العدل، لأنه أمين، فإذا حلف برئ، ويرجع المرتهن على الراهن. والثاني- القول قول المرتهن، لأنه منكر، والعدل إنما هو أمينه في الحفظ لا في دفع الثمن إليه، فإذا حلف، رجع على من شاء منهما، فإذا رجع على العدل، لم يرجع العدل على الراهن، لأنه يقر ببراءة ذمته منه، ويدعي أن المرتهن ظلمه وغصبه، وإن رجع على الراهن، رجع الراهن على العدل، لتفريطه في القضاء بغير بينة، إلا أن يكون قضاؤه بحضرة الراهن، أو ببينة فماتت، أو غابت فلا يرجع عليه، لعدم تفريطه، وعنه: لا يرجع على العدل بحال، لأنه أمين: ولو غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه، زال الضمان، لأنه رده إلى وكيل الراهن في إمساكه، فأشبه ما لو أذن له في دفعه إليه. ولو كان الرهن في يده، فتعدى فيه، ثم زال التعدي، لم يزل الضمان، لأن استئمانه زال بذلك، فلم يعد بفعله.

فصل: إذا رهن أمةً رجلاً، وشرط جعلها في يد امرأة، أو ذي محرم لها، أوذي زوجة أو أمة، جاز، لأنه لا يفضي إلى الخلوة بها. وإن لم يكن كذلك، فسد الرهن، لإفضائه إلى خلوة الأجنبي بها. ولو اقترض ذمي من مسلم مالاً، ثم رهنه خمراً، لم يصح، لأنها ليست مالاً، وإن باعها الذمي أو وكيله، وأتاه بثمنها، فله أخذه، وإن امتنع لزمه، وقيل له: إما أن تقبض، أو تبرئ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة، جرى مجرى الصحيح.

فصل: فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن، نحو أن يشترط أن لا يسلمه، أو لا يباع عند الحلول، أو لا يستوفي الدين من ثمنه، أو شرط أن يبيعه بما شاء، أو لا يبيعه إلا بما يرضيه، فسد الشرط، لأن المقصود مع الوفاء به مفقود. وإن شرط أنه متى حل الحق ولم توفني، فالرهن لي بالدين، أو بثمن سماه، فسد، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يغلق الرهن**»[1]. رواه الأثرم. ومعناه: استحقاق المرتهن له

---

(١) سبق تخريجه (١٠٦/٣).

بعجز الراهن عن فكاكه ، ولأنه علق البيع على شرط مستقبل ، فلم يصح ، كما لو علقه على قدوم زيد . وإن قال : أرهنك على أن تزيدني في الأجل ، لم يصح ، لأن الدين الحال لا يتأجل ، وإذا لم يثبت الأجل فسد الرهن ، لأنه في مقابلته . وإن شرط أن ينتفع المرتهن بالرهن في دين القرض ، لم يجز. وإن كان بدين مستقر في مقابلة تأخيره عن أجله ، لم يجز ، لأنه بيع للأجل ، وإن كان في بيع ، فعن أحمد جوازه إذا جعل المنفعة معلومة ، كخدمة شهر ونحوه ، فيكون بيعاً وإجارة، وإن لم تكن معلومة ، بطل الشرط للجهالة ، وبطل البيع لجهالة ثمنه ، وما عدا هذا ، فإباحة لا يلزم الوفاء به. وإن قال : رهنتك ثوبي هذا يوماً ، ويوماً لا ، أَوْ وَقَّتَه ، فالرهن فاسد ، لأنه ينافي مقتضاه . وكل شرط يسقط به دين الرهن يفسده ، وما لا يؤثر في ضرر أحدهما، كاشتراط جعل الأمة في يد أجنبي عزب، لا يفسده . وفي سائر الشروط الفاسدة وجهان :

أحدهما- يفسد بها الرهن ، والآخر- لا يفسد بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ويحتمل أن ما ينقص المرتهن ، يبطله وجهاً واحداً ، وفي سائرها وجهان : أحدهما- يبطل الرهن ، لأنه شرط فاسد ، فأبطله كالأول . والثاني- لا يبطله ، لأنه زائد ، فإذا بطل ، بقي العقد بأحكامه .

بَابُ
اختلاف المتراهنين

إذا قال : رهنتني كذا، فأنكر ، أو اختلفا في قدر الدين ، أو قدر الرهن ، فقال : رهنتني هذين ، قال : بل هذا وحده ، أو قال : رهنتني هذا بجميع الدين ، قال : بل بنصفه ، أو قال: رهنتينه بالحال ، قال : بل بالمؤجل ، فالقول قول الراهن ، لأنه منكر ، والأصل عدم ما أنكره ، ولأن القول قوله في أصل العقد ، فكذلك في

صفته. فإن قال : رهنتنى عبدك هذا، قال : بل ثوبى هذا، لم يثبت الرهن فى الثوب، لرد المرتهن له ، وحلف الراهن على العبد ، وخرج بيمينه . وإن قال : أرسلت وكيلك فرهن عبدك على ألفين قبضها منى ، فقال : ما أذنت له فى رهنه إلا بألف، سألنا الرسول ، فإن صدق الراهن ، حلف: ما رهنته إلا بألف ، ولا قبضت غيرها ، ولا يمين على الراهن ، لأن الدعوى على غيره . وإن صدق المرتهن ، حلف الراهن، وعلى الرسول ألف ، لأنه أقر بقبضها ، ويبقى العبد رهناً على ألف واحد. ومن توجهت عليه اليمين فنكل [١]، فهو كالمقر سواء .

فصل : فإن قال : رهنتنى عبدك هذا بألف ، فقال : بعتكه بها ، أو قال : بعتنيه بألف ، فقال : بل رهنتكه بها، حَلَفَ كل واحد منها على نفى ما ادعى عليه ، فسقط ، ويأخذ السيد عبده ، وتبقى الألف بغير رهن .

فصل : وإن قال الراهن : قبضت الرهن بغير إذنى ، فقال : بل بإذنك ، فالقول قول الراهن ، لأنه منكر . وإن قال : أذنت لك ، ثم رجعت قبل القبض ، فأنكر المرتهن ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الرجوع. وإن كان الرهن فى يد الراهن ، فقال المرتهن : قبضته ثم غصبتنيه ، فأنكر الراهن ، فالقول قوله ، لأن الأصل معه . وإن أقر بتقبيضه ، ثم قال : أحلفوه لى أنه قبض بحق ، ففيه وجهان: أحدهما- يحلف ، لأن ما ادعاه محتمل . والثانى- لا يحلف ، لأنه مكذب لنفسه وإن رهنه عصيراً ، ثم وجد خمراً ، فقال المرتهن : إنما أقبضنى خمراً ، فلى فسخ البيع . وقال الراهن : بل كان عصيراً ، فقال أحمد : القول قول الراهن ، لأنه يدعى سلامة العقد، وصحة القبض ، وظاهر حال المسلمين استعمال الصحيح ، فكان القول قول من يدعيه، كما لو اختلفا فى شرط يفسد البيع، ويحتمل أن القول قول المرتهن بناء على اختلاف المتبايعين فى حدوث العيب . ولو كان الرهن حيواناً فمات ، واختلفا فى حياته وقت الرهن ، أو القبض ، فحكمه حكم العصير، وإن أنكر المرتهن قبضه ،

(١) نكل عن اليمين: امتنع منها. (المصباح).

فالقول قوله ، لأن الأصل معه. وإن وجده معيباً واختلفا في حدوثه ، ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في البيع .

فصل : إذا كان لرجل على آخر ألف برهن ، وألف بغير رهن ، فقضاه ألفاً، وقال : قضيت دين الرهن ، فقال : بل هي عن الألف الآخر ، فالقول قول الراهن ، سواء اختلفا في لفظه أو نيته ، لأنها تنتقل منه ، فكان القول قوله في صفة النقل ، وهو أعلم بنيته . ولو دفعها من غير لفظ ولا نية ، فله صرفها إلى أيهما شاء ، كما لو دفع زكاة أحد الألفين ، وإن أبرأه المرتهن من أحدهما، فالقول قول المرتهن، لذلك. وإن أطلق، فله صرفه إلى أيهما شاء، ذكره أبو بكر .

فصل : وإن كان عليه ألفان لرجلين ، فادعى كل واحد منهما أنه رهنه عبده بدينه، فأنكرهما ، حلف لهما . وإن صدق أحدهما ، أو قال : هو السابق، سلمه إليه وحلف للآخر . وإن نكل والعبد في يد أحدهما ، فعليه للآخر قيمته تجعل رهناً ، لأنه فوته على الثاني بإقراره للأول ، أو بتسليمه إليه . وقال القاضي : هل يرجح صاحب اليد ، أو المقر له ؟ يحتمل وجهين . وإن قال : لا أعلم المرتهن منهما ، أو السابق ، حلف على ذلك ، والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه . وإن كان في أيديهما ، أو يد غيرهما ، فالحكم في ذلك كالحكم فيما إذا ادعيا ملكه .

فصل : فإن ادعى على رجلين أنهما رهناه عبدهما بدينه، فأنكراه ، فالقول قولهما . وإن شهد كل واحد منهما على الآخر ، قبلت شهادته ، لأنه لا يجلب بهذه الشهادة نفعاً ، ولا يدفع بها ضرراً . وإن أقر أحدهما وحده ، لزم في نصيبه ، وتسمع شهادته على صاحبه، لما ذكرناه .

فصل: وإذا ادعى المرتهن هلاك الرهن بغير تفريط ، فالقول قوله ، لأنه أمين فأشبه المودع . وإن ادعى الرد ، ففيه وجهان: أحدهما- يقبل قوله، لذلك. والثاني- لا يقبل ، لأنه قبضه لنفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر. وإن أعتق

الراهن الجارية، أو وطئها، فادعى أنه بإذن المرتهن فأنكره، فالقول قول المرتهن، لأن الأصل معه، وإن نكل، قضى عليه. وإن صدقه فأتت بولد، فأنكر المرتهن مدة الحمل، فالقول قوله، لأن الأصل عدمها وإن وطئها المرتهن بإذن الراهن، وادعى الجهالة، وكان مثله يجهل ذلك، فلا حد عليه، لأن الحد يدرأ بالشبهات، ولا مهر، لأنه حق للسيد فسقط بإذنه، والولد حر يلحقه نسبه، لأنه من وطء شبهة ، ولا تصير أم ولد، لأنه لا ملك له فيها، وإن لم تكن له شبهة، فعليه الحد والمهر، وولده رقيق .

كتاب التفليس

ومن لزمه دين مؤجل ، لم يجز مطالبته به ، لأنه لا يلزمه أداؤه قبل أجله ، ولا يجوز الحجر عليه به ، لأنه لا يستحق المطالبة به ، فلم يملك منعه من التصرف في ماله بسببه . فإن أراد سفراً يحل دينه قبل قدومه منه ، فلغريمه منعه ، إلا برهن أو ضمين مليء ، لأنه ليس له تأخير الحق عن محله ، وفي السفر تأخيره، وإن لم يكن كذلك ففيه روايتان: إحداهما- له منعه ، لأن قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر، فملك منعه منه كالأول. والثانية- ليس له منعه ، لأنه لا يملك المطالبة به في الحال ، ولا يعلم أن السفر مانع منها عند الحلول ، فأشبه السفر القصير. وإن كان الدين حالاً ، والغريم معسراً لم تجز مطالبته ، لقول الله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة : ٢٨٠] . ولا يملك حبسه ولا ملازمته ، لأنه دين لا يملك المطالبة به ، فلا يملك به ذلك ، كالمؤجل . فإن كان ذا صنعة ، ففيه روايتان: إحداهما- يجبر على إجارة نفسه ، لما روى أن رجلاً دخل المدينة ، وذكر أن وراءه مالاً ، فداينه الناس ، ولم يكن وراءه مال ، فسماه النبي ﷺ سُرَّقاً ، وباعه

بخمسة أبعرة[(١)] . والحر لا يباع، فعلم أنه باع منافعه ، ولأن الإجارة عقد معاوضة ، فجاز أن يجبر عليه ، كبيع ماله ، وإجارة أم ولده. والثانية– لا يجبر ، لما روى أبو سعيد ﷺ : أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال النبي ﷺ **«تصدقوا عليه»** فتصدقوا عليه ، فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبي ﷺ : **«خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»**[(٢)] رواه مسلم . ولأنه نوع تكسب ، فلم يجبر عليه كالتجارة .

فصل : وإن كان موسراً، فلغريمه مطالبته ، وعليه قضاؤه ، لقول النبي ﷺ : **«مطل الغني ظلم»**[(٣)] متفق عليه . فإن أبى ، فله حبسه ، لقول النبي ﷺ : **«لىّ الواجد يحل عقوبته وعرضه»**[(٤)] من « المسند » . فإن لم يقضه ، باع الحاكم ماله وقضى دينه ، لما روى أن عمر ﷺ قال : ألا إن أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته، بأن يقال : سابق الحاج ، فادّان معرضاً، فمن له مال فليحضر ، فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه[(٥)] رواه مالك في «الموطأ» بنحوه. فإن غيب ماله ، حبسه وعزره حتى يظهره . ولا يجوز الحجر عليه مع إمكان الوفاء ، لعدم الحاجة. وإن تعذر الوفاء،

---

(١) **حسن**. رواه الدارقطني (٣/٦٢)، والحاكم (٢/٥٤)، والبيهقي (٦/٥٠)، وابن عدي في «الكامل» (٤/١٦٠٨)، من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار، عن زيد بن أسلم قال: رأيت شيخاً بالإسكندرية يقال له سرّق ـ الحديث، وإسناده حسن، فيه عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار وهو صدوق يخطئ، كما في «التقريب»، وتابعه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وهو ضعيف، وأخوه عبد الله بن زيد، وهو صدوق فيه لين، كما في «التقريب»، أخرجه الدارقطني (٣/٦١). قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري، ووافقه الذهبي، وقد ذهب الطحاوي في «شرح المعاني» (٤/١٧٥) وابن حزم في «المحلى» (٩/١٨) إلى القول بنسخ هذا الحكم وأن ذلك كان في أول الإسلام.

(٢) رواه مسلم [١٥٥٦]، وأبو داود [٣٤٦٩]، والترمذي [٦٥٥]، والنسائي (٧/٢٧٥)، وابن ماجه [٢٣٥٦]، وأحمد (٣/٣٦).

(٣) رواه البخاري [٢٢٨٧]، ومسلم [١٥٦٤]، وأبو داود [٣٣٤٥]، والترمذي [١٣٠٨]، والنسائي (٧/٢٧٩)، وابن ماجه [٢٤٠٣]، وأحمد (٢/٢٤٥)، من حديث أبي هريرة ﷺ .

(٤) **حسن**. رواه أبو داود [٣٦٢٨]، والنسائي (٧/٢٧٨)، وابن ماجه [٢٤٢٧]، وأحمد (٤/٢٢٢)، وابن حبان [٥٠٨٩]، والحاكم (٤/١٠٢)، من طريق محمد بن ميمون بن مسيكة، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه الشريد بن عمرو ﷺ . وفيه محمد بن ميمون بن مسيكة وهو مقبول كما في «التقريب»، والحديث رواه البخاري تعليقاً في الاستقراض باب لصاحب الحق مقال. وهو حديث حسن كما قال الحافظ في «الفتح» (٥/٦٢).

(٥) **حسن**. رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٤٨١)، والبيهقي (٦/٤٩) من طريق عمر بن عبد الرحمن ابن عطية بن دلاف، عن أبيه، عن عمر ﷺ به، وهذا إسناد منقطع؛ فإن عبد الرحمن لم يسمع =

وخيف من تصرفه في ماله، حجر عليه إذا طلبه الغرماء ، لئلا يدخل الضرر عليهم .

فصل: فإن ادعى الإعسار من لم يعرف له مال، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدمه. فإن عرف له مال، أو كان الحق لزمه في مقابلة مال، كثمن مبيع، أو قرض، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الأصل بقاء المال، ويحبس حتى يقيم البيِّنة. فإن قال: غريمي يعلم إعساري، فعلى غريمه اليمين، أنه لا يعلم ذلك. وإن أقام البينة على تلف المال، فعليه اليمين معها أنه معسر، لأنه صار بهذه البينة كمن لم يعرف له مال. وإن شهدت بإعساره، فادعى غريمه أن له مالاً باطناً، لم يلزمه يمين، لأنه أقام البينة على ما ادعى. وتسمع البينة على التلف، وإن لم يكن ذا خبرة باطنة، لأنه أمر يعرف بالمشاهدة، ولا يسمع على الإعسار إلا من أهل الخبرة بحاله، لأنه من الأمور الباطنة. فإن كان في يده مال، فأقرَّ به لغيره، سئل المقر له، فإن كذبه بيع في الدين، وإن صدقه سلم إليه. فإن قال الغريم: أحلفوه أنه صادق لم يستحلف، لأنه لو رجع عن الإقرار، لم يقبل منه. وإن طلب يمين المقـرّ له أحلفناه، لأنه لو رجع قبل رجوعه.

فصل: فإن كان ماله لا يفي بدينه ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لزمته إجابتهم ، لما روى كعب بن مالك رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ، وباع ماله[1]

= من عمر رضي الله عنه كما قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٤٠)، وقد وصله ابن أبي شيبة (٧/٢١٩)، والدارقطني في «العلل» (٢/١٤٧) من طريق عبيد الله بن عمر، عن ابن دلاف ـ وهو عمر بن عبد الرحمن ـ، عن أبيه، عن عم أبيه بلال بن الحارث، عن عمر رضي الله عنه به، وهذا إسناد حسن رجاله ثقات غير عمر بن عبد الرحمن وأبوه، فقد ترجم لهما البخاري في «التاريخ الكبير» وابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل» وسكتا عنهما.

(١) **ضعيف**. رواه الحاكم(٣/٢٧٣)، والبيهقي(٦/٤٨) من طريق إبراهيم بن موسى عن هشام بن يوسف عن معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب عن أبيه به. وصححه الحاكم على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. واختلف فيه على هشام بن يوسف فرواه أبو داود في «المراسيل» [١٧٤] والبيهقي(٦/٤٨) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب به مرسلاً، وتابع عبد الرزاق على إرساله يونس بن يزيد فرواه أبو داود في «المراسيل» [١٧٣] من طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب به. وقد رجح إرساله أبو داود (البلوغ ـ ص: ١٧٨)، والعقيلي في «الضعفاء» (١/٦٨) وعبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/٢٨٧)، والحافظ في «المطالب العالية» (٩٧٤).

رواه سعيد بن منصور بنحوه، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك ولأن فيه دفعاً للضرر عن الغرماء ، فلزم ذلك كقضائهم . ويستحب الإشهاد على الحجر ، ليعلم الناس حاله ، فلا يعاملوه إلا على بصيرة ، ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام:

أحدها- منع تصرفه في ماله ، فلا يصح بيعه له، ولا هبته ، ولا وقفه ، ولا غير ذلك ، لأنه حجر ثبت بالحاكم ، فمنع تصرفه ، كالحجر للسفه . وفي العتق روايتان: إحداهما- لا يصح، لذلك ، ولأن حق الغرماء تعلق بماله ، فمنع صحة عتقه ، كما لو كان مريضاً .

والثانية- يصح ، لأنه عتق من مالك رشيد صحيح، أشبه عتق الراهن . وإن أقر بدين ، أو عين في يده ، كالقصار والحائك يقر بثوب ، لم يقبل إقراره لذلك ، ولزمه في حقه ، يتبع به بعد فك الحجر عنه. وإن توجهت عليه يمين فنكل عنها ، فهو كإقراره . وإن تصرف في ذمته بشراء ، أو اقتراض، أو ضمان، أو كفالة ، صح ، لأنه أهل للتصرف ، والحجر إنما تعلق بماله دون ذمته . ولا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء ، لأن من علم منهم بفلسه فقد رضي بذلك ، ومن لم يعلم ، فهو مفرط، ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كالمقر له، وهل للبائع والمقرض الرجوع في أعيان أموالهما إن وجداهما؟ على وجهين: إحداهما- لهما ذلك ، للخبر ، ولأنه باعه في وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه منه ، كما لو تزوجت المرأة معسراً بنفقتها. والثاني- لا فسخ لهما ، لأنهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة ، أشبها من اشترى معيباً يعلم عيبه . وإن جنى المفلس جناية توجب مالاً ، لزمه، وشارك صاحبه الغرماء ، لأنه حق ثبت بغير رضى مستحقه ، فوجب قضاؤه من المال كجناية عبده. وإن ثبت عليه حق بسبب قبل الفلس ببينة ؛شارك صاحبه الغرماء ، لأنه غريم قديم ، فهو كغيره.

فصل: الحكم الثاني- أنه يتعلق حقوق الغرماء بعين ماله ، فليس لبعضهم الاختصاص بشئ منه سوى ما نذكره . ولو قضى المفلس أو الحاكم بعضهم وحده لم يصح، لأنهم شركاؤه ، فلم يجز اختصاصه دونهم . ولو جنى عليه جناية أوجبت

مالاً ، أو ورث مالاً، تعلقت حقوقهم به . وإن أوجبت قصاصاً ، لم يملكوا إجباره على العفو إلى مال ، لأن فيه ضرراً بتفويت القصاص الواجب لحكمة الإحياء. ولا يجبر على قبول هبة ، ولا صدقة ، ولا قرض عرض عليه ، ولا المرأة على التزويج ، لأن فيه ضرراً بلحوق المنة ، أو التزوج من غير رغبة . ولو باع بشرط الخيار، لم يجبر على ما فيه الحظ من رد ، أو إمضاء ، لأن الفلس يمنعه إحداث العقود ، لا إمضاؤها، وليس للغرماء الاختيار، لأن الخيار لم يشرط لهم . وإن وهب هبة بشرط الثواب ، لزم قبوله ، لأنه عوض عن مال ، فلزم قبوله ، كثمن المبيع . ولا يملك إسقاط ثمن مبيع ، ولا أجرة ، ولا أخذه رديئاً ، ولا قبض المسلم فيه دون صفته ، إلا بإذن الغرماء ، لما ذكرناه . وإن ادعى مالاً له به شاهد ، حلف وثبت المال ، وتعلقت حقوقهم به ، وإن نكل لم يكن للغرماء أن يحلفوا ، لأن دعواهم لهذا المال غير مسموعة ، فلا تثبت بأيمانهم ، كالأجانب ، ولأنهم لو حلفوا لحلفوا على إثبات مال لغيرهم ، وكذلك الحكم فى غرماء الميت ، إذا لم يحلف الوارث ، لم يحلفوا، لما ذكرنا .

فصل : الحكم الثالث- أن للحاكم بيع ماله ، وقضاء دينه، ويستحب أن يحضره عند البيع ، لأنه أعرف بثمن ماله ، وجيده ورديئه ، فيتكلم عليه ، وهو أطيب لقلبه ، ويحضر الغرماء ، لأنه أبعد للتهمة، وربما رغب بعضهم فى شراء شئ ، فزاد فى ثمنه ، أو وجد عين ماله فأخذها ، فإن لم يفعل جاز ، لأن ذلك موكول إليه. ويقيم منادياً ينادى على المتاع، فإن عين المفلس والغرماء منادياً ثقة ؛ أمضاه الحاكم، وإن لم يكن ثقة رده، لأن للحاكم نظراً ، فإنه ربما ظهر غريم آخر . وإن اختلفوا فى المنادى ، قدم الحاكم أوثقهما وأعرفهما ، فإن تطوع بالنداء ثقة ، لم يستأجر ، لأن فيه بذل الأجرة من غير حاجة ، وإن عدم ، بذلت الأجرة من مال المفلس ، لأن البيع حق عليه ، ويقدم على الغرماء بها ، لأنه لو لم يعط ، لم يناد . وكذلك أجرة من يحفظ المتاع، والثمن، ويحمله. ويباع كل شئ فى سوقه ، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع وأرغب ، وطلابه فيه أكثر . فإن باعه فى غيره بثمن مثله ، جاز ، لأنه

ربما أداه اجتهاده إلى ذلك لمصلحة فيه. ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ، لأن في تأخيره هلاكه، ثم بالحيوان ، لأنه يحتاج إلى العلف ، ويخشى عليه التلف ، ثم بالأثاث ، لأنه يخشى تلفه ، وتناله اليد ، ثم بالعقار ، لأنه أبعد تلفاً ، وتأخيره أكثر لطالبيه، فيزداد ثمنه . ومن وجد من الغرماء عين ماله ، فهو أحق بها ومن اكترى من المفلس داراً ، أو ظهراً بعينه قبل الحجر عليه ، فهو أحق به ، لأنه استحق عينه قبل إفلاسه ، فأشبه ما لو اشترى منه عبداً . وإن اكترى منه ظهراً في الذمة ، فهو أسوة الغرماء ، لأن دينه في الذمة أشبه سائر الغرماء. وإن كان في المتاع رهن ، أو جان ، قدم المرتهن والمجني عليه بثمنه ، لأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة بخلاف سائر الغرماء ، وحق المجني عليه يقدم على حق المرتهن ، فعلى غيره أولى . وإن فضل منه فضل ، رده على التركة ، وإن لم يف بحقهما ، فلا شئ للمجني عليه ، لأنه لا حق له في غير الجاني ، ويضرب المرتهن مع الغرماء بباقي دينه ، لأن حقه متعلق بالذمة مع تعلقه بالعين ، وإن بيع له متاع ، فهلك ثمنه ، واستحق المبيع ، رجع المشتري بثمنه، وهل يقدم على الغرماء ؟ فيه وجهان: أحدهما– يقدم، لأن في تقديمه مصلحة ، فإنه لو لم يقدم ، تجنب الناس شراء ماله ، خوفاً من الاستحقاق، فيقل ثمنه ، فقدم به ، كأجرة المنادي . والثاني– لا يقدم ، لأنه حق لزمه بغير رضى صاحبه، أشبه أرش جنايته ، ثم يقسم ما اجتمع من ماله بين الغرماء على قدر ديونهم. فإن ظهر غريم بعد القسمة ، نقضت وشاركهم ، لأنه غريم لو كان حاضراً لشاركهم، فإذا ظهر بعد ذلك ، قاسمهم، كما لو ظهر للميت غريم بعد قسم ماله. وإن أكرى داره عاماً، وقبض أجرتها فقسمت ، ثم انهدمت الدار ، رجع المكتري على المفلس بأجرة ما بقي وشاركهم فيما اقتسموه، لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر ، فشارك به الغرماء، كما لو انهدمت قبل القسمة.

فصل : الحكم الرابع– أن من وجد عين ماله عنده، فهو أحق بها، لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**من وجد متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس، فهو أحق**

به»[1] متفق عليه . وله الخيار بين أخذه، أو تركه، وله أسوة الغرماء ، سواء كانت السلعة مساوية لثمنها ، أو أقل، أو أكثر ، لأن الإعسار سبب للفسخ فلا يوجبه كالعيب. ولا يفتقر إلى حاكم ، للخبر ، ولأنه فسخ ثبت بنص السنة ، فلم يفتقر إلى حاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد . وفيه وجهان: أحدهما– أن الخيار على التراخي ، لأنه رجوع لا يسقط إلى عوض ، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة. والثاني– هو على الفور ، اختاره القاضي ، لأن في تأخيره إضراراً بالغرماء ، لتأخير حقوقهم، ولأنه خيار ثبت في المبيع، لنقص في العوض ، أشبه الرد بالعيب. فإن حكم حاكم بسقوط الخيار ، فقال أحمد : ينقض حكمه لأنه يخالف صريح السنة ، ويحتمل أن لا ينقض ، لأنه مختلف فيه . ولو بذل الغرماء لصاحب السلعة ثمنها ليتركها، لم يلزمه قبوله ، للخبر ، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر المستحق على قبوله ، كما لو أعسر بنفقة زوجته فبذلها غيره، وسواء ملكها المفلس ، ببيع ، أو قرض ، لعموم الخبر . ولو أصدق امرأة مالاً ، وأفلست قبل دخوله بها ، ثم ارتدت ، أو طلقها ، ووجد عين ماله ، فهو أحق بها . ولو استأجر شيئاً فأفلس قبل مضي شئ من المدة ، فللمؤجر الرجوع فيه ، لأنه وجد عين ماله . وإن كان بعد مضي المدة، فهو غريم بالأجرة. وإن كان بعد مضي شئ منها ، فهو غريم ، لأن المدة كالمبيع ، ومضي بعضها ، كتلف بعضه، وقال القاضي: له الفسخ . فإن كان للمفلس زرع فعليه تبقيته بأجرة مثله .

فصل : ولايملك الرجوع إلا بشروط خمسة: أحدها– أن يجدها سالمة، فإن تلف بعضها ، أو باعه المفلس ، أو وهبه ، أو وقفه ، فله أسوة الغرماء ، لقوله عليه السلام: **«من أدرك متاعه بعينه ، فهو أحق به»** ، والذى تلف بعضه لم توجد عينه. فإن كان المبيع عبدين ، أو ثوبين ، فتلف أحدهما أو بعضه ، ففي السالم منهما روايتان: إحداهما– له الرجوع فيه بقسطه، لأنه وجده بعينه . والثانية– لا يرجع، لأنه لم يجد

---

(١) رواه البخاري [٢٤٠٢]، ومسلم [١٥٥٩]، وأبو داود [٣٥١٩]، والترمذى [١٢٦٢]، والنسائي (٢٧٤/٧)، وابن ماجه [٢٣٥٨]، وأحمد (٢٢٨/٢).

المبيع بعينه ، أشبه العين الواحدة . وإن كان المبيع شجرة مثمرة ، فتلفت ثمرتها ، فله أسوة الغرماء ، لأنهما كالعين الواحدة ، إلا أن تكون الثمرة مؤبرة حين البيع ، فاشترطها المبتاع ، فهما كالعينين ، لأن الثمرة لا تتبع الأصل ، فهي كالولد المنفصل. وإن نقص المبيع صفة ، مثل أن هزل ، أو نسي صناعة ، أو كبر ، أو كان ثوباً فخلق، لم يمنع الرجوع ، لأن فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين المال، فيتخير بين أخذه ناقصاً ، أو يكون أسوة الغرماء بكل الثمن . وإن فقئت عينه ، فهو كتلف بعضه ، وإن شج ، أو جرح ، أو افتضت البكر ، فكذلك في قول أبي بكر ، لأنه نقص جزء ينقص قيمته ، فأشبه ما لو فقئت عينه، وقال القاضي: قياس المذهب أن له الرجوع ، لأنه فقد صفة ، فهو كالهزال ، ثم إن كان لا أرش له لكونه حصل بفعل الله تعالى ، أو فعل المفلس ، فلا شيء للبائع مع الرجوع ، وإن كان له أرش ، فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من ثمنه ، فينظر ما نقص من قيمته فيرجع بقسطه من الثمن ، لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن، والأرش للمفلس على الجاني .

فصل: وإن كان المبيع زيتاً ، فخلطه بزيت آخر ، أو لت به سويقاً ، أو صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو مسامير فسمر بها باباً ، أو حجراً فبنى به ، أو لوحاً فجعله في سفينة أو سقف أو نحو ذلك ، لم يكن له الرجوع ، لأنه لا يقدر على أخذ عين ماله في بعض الصور ، ولا يقدر في بعضها إلا بإتلاف مال المفلس ، ولا يزال الضرر بالضرر. وإن كانت حنطة ، فطحنها أو زرعها ، أو دقيقاً فخبزه ، أو زيتاً فعمله صابوناً، أو غزلاً فنسجه ، أو ثوباً فجعله قميصاً ، أو زرعاً فصار حباً ، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو نوى فنبت شجراً ، أو نحوه مما يزيل اسمه، فلا رجوع ، لأنه لم يجد متاعه بعينه ، لتغير اسمه وصفته .

فصل : وإن اشترى ثوباً فقصره أو صبغه[١]، أو سويقاً فلته بزيت ، فلصاحبهما الرجوع فيهما ، لأن عين مالهما قائمة مشاهدة ، لم يتغير اسمها ، ولا صفتها ، ويصير المفلس شريكهما بما زاد عن قيمتهما ، لأن ما حصل من زيادة القيمة

---

(١) أي بَيَّضَه، والقِصَارة – بالكسر – الصناعة، والفاعل قَصَّار. (المصباح المنير).

بالصبغ وغيره ، فهي للمفلس ، لأنها حصلت بفعله في ملكه . وإن نقص الثوب ، لم يمنع الرجوع ، لأنه نقص صفة ، فهو كالهزال . وإن لم يزد بالقصارة ، سقط حكمها ، لعدم أثرها في الزيادة . وإن اشترى أرضاً فزرعها ، ثم أفلس ، فللبائع الرجوع فيها ، لما ذكرنا ، ويكون الزرع مبقى إلى الحصاد بغير أجرة ، لأن العوض في مقابلة الأرض ، لا في مقابلة المنفعة فإذا فسخ ، عادت إليه الرقبة دون المنفعة المستثناة شرعاً ، كما لو باعه أمة فزوجها ثم رجع فيها دون منفعة بضعها .

فصل : الشرط الثاني– أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً ، فإن قبض بعضه ، فلا رجوع له ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : **«أيما رجل باع سلعة ، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً ، فهي له ، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً ، فهو أسوة الغرماء»**[1] رواه أبو داود . ولأن في الرجوع بالباقي تبعيض الصفقة على المفلس ، فلم يجز ، كما لو لم يقبض شيئاً.

فصل : الشرط الثالث– أن لا يتعلق بها حق غير المفلس ، فإن خرجت عن ملكه ببيع أو غيره ، لم يرجع ، لأنه تعلق بها حق غيره ، أشبه ما لو أعتقها . وإن رهنها ، سقط الرجوع لذلك ، وإن تعلق بها حق جناية ، سقط الرجوع ، لأنه يقدم على حق المرتهن ، فهو أولى بالمنع ، ويتوجه أن لا يمنع ، لأنه لا يمنع تصرف المشتري بخلاف الرهن ، فعلى هذا إن شاء رجع فيها ناقصة بعيب الجناية، وإن شاء فله أسوة الغرماء ، فإن كان دين الرهن، أو أرش الجناية بقدر بعضه ، منع الرجوع في الجميع ، لأنه معنى منع الرجوع في بعضها ، فمنعه في جميعها ، كبيع بعضها وقال القاضي : يرجع في باقيها بقسطه ، لأنه لامانع فيه.

وإن كان المبيع شقصاً[2] مشفوعاً ، ففيه وجهان:

---

(١) هو إحدى طرق الحديث السابق، وهذا اللفظ رواه **أبو داود** [٣٥٢٢]، والدارقطني (٣٠/٣)، والبيهقي (٤٧/٦).

(٢) الشقص: الطائفة من الشيء. (المصباح).

أحدهما- للبائع الرجوع ، اختاره ابن حامد ، للخبر ، ولأنه إذا رجع فيه ، عاد الشقص إليه ، فزال الضرر عن الشفيع ، لعدم شركة غير البائع .

والثاني- الشفيع أحق ، لأن حقه آكد بدليل أنه ينتزع الشقص من المشترى ، وممن نقله إليه المشترى ، بخلاف البائع . وإن باعه المفلس أو وهبه ، ثم عاد إليه ، ففيه وجهان: أحدهما- له الرجوع، للخبر ، ولأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، أشبه إذا لم يبعه . والثاني- لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه ، فلم يملك فسخه . وإن كان المبيع صيداً ، فوجده البائع بعد أن أحرم ، سقط الرجوع ، لأنه تملك للصيد ، فلم يجز مع الإحرام كشرائه .

فصل : الشرط الرابع- كون المفلس حياً، فإن مات فالبائع أسوة الغرماء ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «**فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء**»[١] رواه أبو داود . وفي لفظ «**أيما امرئ مات وعنده مال امرء بعينه ، اقتضى من ثمنه شيئاً ، أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء**»[٢] رواه ابن ماجه. ولأن الملك انتقل عن المفلس فسقط الرجوع فيه كما لو باعه .

فصل : الشرط الخامس- أن لا يزيد زيادة متصلة ، كالسمن والكبر، وتعلم، فإن وجد ذلك ، منع الرجوع ، ذكره الخرقي ، لأنه فسخ بسبب حادث ، فمنعته الزيادة المتصلة ، كالرجوع في الصداق والطلاق قبل الدخول . وعن أحمد أن له الرجوع للخبر ، ولأنه فسخ فلم تمنعه الزيادة ، كالرد بالعيب . فأما الزيادة المنفصلة ، كالولد والثمرة الظاهرة والكسب ، فلا يمنع الرجوع ، لأنه يمكن الرجوع في العين دونها ، والزيادة للمفلس في ظاهر المذهب ، لأنها نماء ملكه المنفصل ، فكانت له ، كما لو ردها بعيب ، أو رجعت إلى الزوج بالطلاق ، ولأن قول النبي ﷺ : «الخراج

---

(١) هو إحدى طرق حديث أبي هريرة السابق، وهذا اللفظ رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٤٢٠) وعنه أبو داود [٣٥٢٠] من طريق الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن مرسلاً.

(٢) هو إحدى طرق حديث أبي هريرة السابق، وهذا اللفظ رواه ابن ماجه [٢٣٦١]، والدارقطني (٣/٣٠)، والبيهقي (٦/٤٨).

بالضمان،[١] يدل على أن النماء للمشترى، لكون الضمان عليه . وقال أبو بكر : هى للبائع قياساً على المتصلة. والفرق ظاهر ، لأن المتصلة تتبع فى الفسوخ دون المنفصلة .

فصل : وإن باعها حائلاً فحملت ، فالحمل زيادة متصلة ، لأنه يتبع أمه فى العقود والفسوخ ، ولا يمكن الرجوع فيها دونه ، فهو كالسمن ، ويحتمل أن يرجع فيها دون ولدها ، يتربص به حتى تضع ، لأنه جزء لانفصاله غاية ، فأشبه الثمرة . وإن أفلس بعد وضعها ، فهو زيادة منفصلة ، له الرجوع فى الأم دون الولد ، إلا أن تكون أمه فلا يجوز التفريق بينهما ، ويخير بين دفع قيمة الولد ليملكهما ، وبين بيعهما معاً ، فيكون له من الثمن مايخص الأم . وإن باعها حاملاً ، فلم تزد قيمتها فله الرجوع ، وإن زادت القيمة لكبر الحمل أو وضعه ، فهى زيادة متصلة . وإن زاد أحدهما خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين ، فتلفت إحداهما . وقال القاضى : له الرجوع فيهما على كل حال . ومن جعل الحمل لا حكم له ، جعل حكمها حكم المبيعة حائلاً سواء .

فصل : وإن باع نخلاً حائلاً فأطلعت ، ثم أفلس المشترى قبل تأبيرها ، فالطلع زيادة متصلة ، لأنها تتبع فى البيع . وقال ابن حامد: حكمها حكم المنفصل لأنه يمكن فصله ، وإفراده بالبيع بخلاف السمن ، وإن أفلس بعد تأبيرها ، فهى زيادة منفصلة ، تكون للمفلس متروكة إلى الجذاذ ، كما لو اشترى النخل ، وكذلك الحكم فى سائر الشجر، وفى الأرض ينبت فيها الزرع ، فإن اتفق المفلس والغرماء على تبقيته أو قطعه ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، وله قيمته مقطوعاً ، قدم قول من طلب القطع ، لأنه أقل غرراً ، ولأن الطالب للقطع ، إما غريم يطلب حقه أو مفلس يطلب تبرئة ذمته ، فإن أقر المفلس للبائع بالطلع ، لم يقبل إقراره ، لأنه يبطل به حق الغرماء ، فلم يقبل كإقراره بغريم آخر ، وعلى الغرماء اليمين ، أنهم لا

---

(١) سبق تخريجه (٣٩/٢).

يعلمون برجوع البائع قبل التأبير ، لأن اليمين ثبتت في جنبهم ابتداء . وإن أقر الغرماء ، لم يقبل ، لأن الملك للمفلس ، ويحلف المفلس ، ويثبت الطلع له ، يتفرد به دونهم ، لإقرارهم أنه لا حق لهم فيه ، وله تخصيص بعضهم به ، وقسمته بينهم فمن أباه قيل له : إما أن تأخذه أو تبرئه ، لأنه للمفلس حكماً، فقد قضاهم ما ثبت له ، فلزمهم قبوله ، كما لو أدى المكاتب نجومه ، وادعى سيده تحريمه . فإن قبضوا الثمرة بعينها ، لزمهم ردها إلى البائع ، لإقرارهم له بها ، وإن قبضوا ثمنها لم يلزمهم رده، لأنهم إنما اعترفوا له بالعين لا بالثمن . وإن شهد الغرماء للبائع بالطلع، وهم عدول ، قبلت شهادتهم لأنهم غير متهمين .

فصل : وإن اشترى أرضاً فغرسها ، أو بنى فيها ، ثم أفلس، فللبائع الرجوع في الأرض ، ثم إن طلب المفلس والغرماء ، قلع الغراس والبناء، فلهم ذلك ، وعليهم ضمان ما نقصها القلع وتسوية الحفر ، لأنه نقص حصل بفعلهم، لتخليص ملكهم فأشبه المشترى مع الشفيع . وإن أبوا القلع ، فللبائع دفع قيمته ويملكه، لأنه حصل لغيره في ملكه بحق ، فملك ذلك ، كالشفيع ، فإن أبى ذلك سقط الرجوع، لأن فيه ضرراً على المشترى ، ولأن عين ماله مشغولة بملك غيره، أشبه الحجر المبني عليه، هذا قول ابن حامد ، وقال القاضي : يحتمل أن له الرجوع لأن شغل ملكه بملك غيره لا يمنع الرجوع إذا كان أصلاً ، كالثوب إذا صبغ ، فإذا رجع ، فاتفق الجميع على البيع ، بيع ، وأعطى كل واحد حقه ، وإن أبى بعضهم احتمل أن يجبر عليه، لأنه معنى ينفصل به أحدهما عن صاحبه، أشبه بيع الثوب المصبوغ، واحتمل أن لا يجبر صاحب الأرض ، ويباع الشجر وحده ، لأنه ممكن بخلاف الصبغ.

فصل : وإن اشترى غراساً فغرسه ، ثم أفلس فلم يزد ، فللبائع الرجوع فيه ، ويقلعه ، ويضمن النقص ، فإن أبى قلعه فبذل المفلس والغرماء قيمته ليملكوه ، فلهم ذلك كالتي قبلها ، وإن أرادوا قلعه، فلهم ذلك ، ولا ضمان عليهم ، لأن المفلس اشتراه مقلوعاً ، فلم يلزمهم مع رده لذلك شئ آخر ، ولا إبقاؤه في أرضهم بغير

استحقاق . وإن زاد سقط الرجوع فى قول الخرقى ، وعلى رواية الميمونى[(١)] يحتمل ذلك أيضاً ، لأن النماء فيه حصل من أرض المفلس، فلم يملك البائع أخذه ، ويحتمل أن له الرجوع ، كما لو سمن العبد من طعامه . وإن اشترى من رجل أرضاً ، ومن آخر غرساً ، فغرسه فيها ، فلصاحب الأرض الرجوع ، وفى صاحب الغرس التفصيل الذى ذكرناه ، فإن رجعا معاً، فالحكم فيهما ، كما لو كان الغرس فى أرض المفلس .

فصل : وإن أفلس ، وعليه دين مؤجل لم يحل ، لأن التأجيل حق له ، فلم يبطل بفلسه ، كسائر حقوقه، وقال القاضى : لا يحل رواية واحدة . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه يحل ، لأن الفلس معنى يوجب تعلق الدين بماله ، فأسقط الأجل كالموت ، فإن قلنا : لا يحل اختص أصحاب الديون الحالة بماله دونه لأنه لا يستحق استيفاء حقه قبل أجله ، وإن حل دينه قبل القسمة ، شاركهم لمساواته إياهم فى استيفائه ، فأشبه من تجدد له دين بجناية المفلس عليه ، وإن أدرك بعض المال ، شاركهم فيه لذلك ، فإن كان المؤجل برهن خص به ، لأن حقه تعلق بعينه ، وإن وجد عين ماله ، فقال أحمد : يكون موقوفاً إلى أن يحل فيختار الفسخ أو الترك ، لأن حقه تعلق بالعين ، فقدم على غيره كالمرتهن ، فإن كان دينه سلماً، فأدرك عين ماله ، رجع فيها ، وإن لم يدركها ، وحل دينه قبل القسمة ، ضرب بالمسلم فيه ، وأخذ بقسطه من جنس حقه إن كان فى المال وإلا اشترى به من جنس حقه، ودفع إليه ، ولا يجوز أن يأخذ غير ما أسلم فيه ، لقول النبى ﷺ : **«من أسلم فى شئ فلا يصرفه إلى غيره»**[(٢)] . رواه أبو داود وابن ماجه.

فصل : فإن مات إنسان وعليه دين مؤجل ، ففيه روايتان: إحداهما— لا يحل، اختارها الخرقى، لقول النبى ﷺ : **«من ترك حقاً فلورثته»**[(٣)] والتأجيل حق له،

---

(١) عبد الملك بن عبد الحميد بن عبد الحميد بن شيخ الجزيرة ميمون بن مهران، الميمونى الرّقّى تلميذ الإمام أحمد، ومن كبار الأئمة. مات فى شهر ربيع الأول سنة (٢٧٤هـ) (السير).

(٢) سبق تخريجه (٢/٢٤).

(٣) رواه البخارى [٦٧٦٣]، ومسلم [١٦١٩]، وأبو داود [٩٥٥]، والترمذى [١٠٧٠]، والنسائى (٤/٥٣)، وابن ماجه [٢٤١٥]، وأحمد (٢/٢٩٠)، من حديث أبى هريرة ﷺ .

فينتقل إلى ورثته، ولأنه لا يحل به ماله ، فلم يحل ما عليه كالجنون.

والثانية- يحل، لأن بقاءه ضرر على الميت لبقاء ذمته مرتهنة به، وعلى الوارث لمنعه التصرف في التركة ، وعلى الغريم بتأخير حقه ، وربما تلفت التركة ، وعلى كلتا الروايتين يتعلق الحق بالتركة ، كتعلق الأرش بالجاني ، ويمنع الوارث التصرف فيها إلا برضى الغريم ، أو توثيق الحق بضمين مليء ، أو رهن يفي بالحق إن كان مؤجلاً فإنهم قد لا يكونون أملياء ، فيؤدي تصرفهم إلى فوات الحق ، فإن تصرفوا قبل ذلك ، صح تصرفهم كتصرف السيد في الجاني ، ويلزمهم أقل الأمرين من قضاء الدين ، أو قيمة التركة ، لأنه لا يلزمهم أكثر من وفاء الدين ، ولا أكثر من التركة ، ولهذا لو كانت باقية ، لم يلزمهم أكثر من تسليمها . وإن تلفت التركة قبل التصرف فيها والتوثيق منها ، سقط الحق كما لو تلف الجاني . وإن قضى الورثة الدين من غير التركة ، أو منها ، جاز . وإن أبوا الجميع ، باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين وإن مات المفلس وعليه دين مؤجل ، فوثق الورثة للمؤجل ، اختص أصحاب الحالة بالتركة، وإن أبوا ذلك ، حل دينه فشاركهم ، لئلا يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية .

فصل: وإذا حجر على المفلس ، وهو ذو كسب يفي بمؤنته ومؤنة من تلزمه مؤنته ، فذلك في كسبه ، لأن ما لا يخرج فيها لا حاجة في إخراجه. وإن لم يف كسبه بمؤنته ، كملناها من ماله. وإن لم يكن ذا كسب ، أنفق عليه وعلى من تلزمه مؤنته من ماله بالمعروف مدة الحجر ، لقول النبي ﷺ «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[1] وفيمن يعوله من تكون نفقته ديناً ، كالزوجة . فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة ، وجب تقديمها على سائر الديون ، ولأن تجهيز الميت يقدم على دينه اتفاقاً ، فنفقة الحي أولى ، لأن حرمته آكد من حرمة الميت . وتقدم نفقة من تلزمه مؤنته من أقاربه ، لأنهم جروا مجراه ، وكذلك عتقوا عليه إذا ملكهم . وكذلك نفقة

(١) سبق تخريجه (٣٩١/١).

زوجته ، لأنها آكد من نفقة أقاربه ، وتجب كسوتهم أيضاً ، لأن ذلك مما لابد منه ، ويكون ذلك من أدنى ما ينفق على مثلهم ، أويكسى مثلهم ، فإن كانت له ثياب أرفع من كسوة مثله ، بيعت واشترى له كسوة مثله، ورد الفضل على الغرماء. وإن مات منهم ميت ، كفن من ماله ، لأنه يجرى مجرى كسوة الحى، ويكفن فى ثلاثة أثواب كغيره ، ويحتمل أن يكفن فى ثوب واحد ، لأن الزائد فضل يستغنى عنه. ولا تباع داره التى لا غنى عن سكناها ، لأنه لابد منه أشبه الكسوة، فإن كانت واسعة ، يكفيه بعضها بيع الفاضل منها إن أمكن وإلا بيعت كلها ، واشترى له مسكن مثله ، وإن لم يكن له مسكن ، استؤجر له مسكن ، لأن ذلك مما لابد منه ورد الفضل على الغرماء ، ولا يباع خادمه الذى لا يستغنى عن خدمته . وإن كان مسكنه وخادمه وثيابه أعيان أموال الناس ، أفلس بها ووجدوها ، فلهم أخذها للخبر ، ولأن حقوقهم تعلقت بالعين ، فكانت أقوى من غيرها . ويحتمل أن من لم يكن له مسكن ، ولا خادم ، فاستدان ما اشتراهما به ، وأفلس بذلك الدين أن يباع مسكنه وخادمه ، لأنهما بأموال الغرماء فتبقيتهما له إضرار بهم ، وفتح باب الحيلة للمفاليس فى استدانة ما يشترون به ذلك فيبقى لهم.

فصل: وإذا قسم ماله بين غرمائه، ففيه وجهان: أحدهما- يزول الحجر عنه، لأن المعنى الذى حجر عليه من أجله حفظ المال، وقد زال ذلك، فيزول الحجر، لزوال سببه. والثانى- لا يزول إلا بفك الحاكم، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلا يزول إلا به، كالحجر على السفيه. وإذا فك الحجر عنه فلزمته ديون ثم حجر عليه ثانياً، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثانى، إلا أن الأوّلين يضربون ببقية ديونهم، والآخرين يضربون بجميع ديونهم.



باب
الحجر

يحجر على الإنسان لحق نفسه لثلاثة أمور؛ صغر، وجنون، وسفه، لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء : ٦]. فدل على أنه لا تسلم إليهم قبل الرشد، وقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ الآية [النساء : ٥]. ولأن إطلاقهم في التصرف يفضي إلى ضياع أموالهم، وفيه ضرر عليهم. ويتولى الأب مال الصبي والمجنون لأنها ولاية على الصغير، فقدم فيها الأب، كولاية النكاح. ثم وصيه بعده، لأنه نائبه. فأشبه وكيله في الحياة ثم الحاكم، لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فتثبت للسلطان، كولاية النكاح. ولا تثبت لغيرهم، لأن المال محل الجناية، ومن سواهم قاصر الشفقة، غير مأمون على المال، فلم يله كالأجنبي. ومن شرط ثبوت الولاية العدالة بلاخلاف، لأن في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، فلم يجز، كتفويضها إلى السفيه.

فصل: وليس لوليه التصرف في ماله بما لاحظ له فيه كالعتق، والهبة، والتبرعات، والمحاباة، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٢] وقوله عليه السلام «لا ضرر ولا ضرار»[١] من

---

(١) **صحيح.** رواه ابن ماجه [٢٣٤١] وأحمد(٣١٣/١) والطبراني في «الكبير» [١١٨٠٦] من طريق معمر عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً به. وإسناده ضعيف فيه جابر الجعفي وهو ضعيف كما في التقريب لكنه لم ينفرد به فقد تابعه سماك عن عكرمة به رواه ابن أبي شيبة (نصب الراية -٣٨٤/٤) ورواية سماك بن حرب عن عكرمة مضطربة كما في «التقريب» وتابعه أيضاً داود بن الحصين عن عكرمة رواه الدارقطني (٢٢٨/٤) وأبو يعلى (٢٥٢٠) وداود ثقه إلا في عكرمة كما في «التقريب». وللحديث شواهد منها ما رواه الدارقطني (٧٧/٣) والحاكم (٥٧/٢) والبيهقي (٦٩/٦) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه به. وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي ومنها ما رواه ابن ماجه [٢٣٤٠] والبيهقي (١٥٦/٦) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه به ومنها ما رواه الدارقطني (٢٢٧/٤) والطبراني في «الأوسط» [١٠٣٧، ٢٧٠] من حديث عائشة رضي الله عنها به ومنها ما رواه الطبراني في «الكبير» [١٣٨٧] وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» [٢٢٠٠] من حديث ثعلبة بن أبي مالك به. ومنها ما رواه الدارقطني (٢٢٨/٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه به. والحديث صحيح بمجموع طرقه وشواهده، وحسنه النووي في «المجموع» (٢٣٨/٨) وابن الصلاح (جامع العلوم - ٢٨٧) وقال المناوي في «ينفي القدير» (٤٣٢/٦): قال العلائي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به. اهـ.

«المسند». وفي هذه إضرار، فلم يملكه ولا يأكل من ماله إن كان غنياً، لقوله تعالى: ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾ [النساء: ٦] وإن كان فقيراً جاز لقوله تعالى: ﴿ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ وليس له إلا أقل الأمرين من أجرته، أو قدر كفايته، لأنه يستحقه بالعمل والحاجة معا، فلم يملك إلا ما وجدا فيه. ثم إن كان أباً، فلا شئ عليه، لأن له أن يأخذ من مال ولده، وإن كان غيره، ففيه روايتان: إحداهما – يضمن عوض ما أكله إذا أيسر، لأنه استباحة للحاجة، فلزمه عوضه كالمضطر. والثانية– لا شئ عليه، لأن الله تعالى أمر بالأكل ولم يذكر عوضاً، ولأنه أجيز له الأكل بحق الولاية، فلم يضمنه، كرزق الإمام من بيت المال. وإذا كان خلط مال اليتيم بماله أرفق له، مثل أن يكون ألين في الخبز، وأمكن في الأدم، خلطه. وإن كان إفراده خيراً له، أفرده، لقول الله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

فصل: وله أن يتجر في ماله، لما روى أن النبي ﷺ قال: **«من ولي يتيماً فليتجر بماله، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»**[١] رواه الترمذي. ولأنه أحظ لليتيم، لتكون نفقته من ربحه، كما يفعل البالغ في ماله. ولا يتجر إلا في المواضع الآمنة. لئلا يغرر بماله، والربح كله لليتيم، لأن المضارب إنما يستحق بعقد، وليس له أن يعقد مع نفسه لنفسه. فإن أعطاه لمن يضارب له به، جاز، لأن العلاء بن عبد الرحمن روى عن أبيه عن جده: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطاه مال يتيم مضاربة[٢]. ولأن ذلك يفعله الإنسان في مال نفسه طلباً للحظ، وللمضارب من الربح ما وافقه الولي عليه، لأن الولي نائبه فيما فيه مصلحته، وهذا من مصلحته، فجاز كفعله له في ماله

---

(١) سبق تخريجه (١/٣٤٩).

(٢) **إسناده حسن.** رواه ابن أبي شيبة (٦/٣٧٧) عن ابن أبي زائدة ووكيع عن عبد الله بن حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة فطلب فيه فأصاب فقاسمه الفضل ثم تفرقا وإسناده حسن رجاله ثقات. عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي وثقه ابن معين (الجرح والتعديل – ٥/٣٧) وذكره ابن حبان في الثقات، وأبوه حميد بن عبيد سكت عنه البخاري في «التاريخ» وابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل» ولم يوثقه غير ابن حبان، وجده عبيد الأنصاري عده الحافظ من الصحابة (الإصابة – ٦/٣٦٨). وما ذكره المصنف إنما رواه مالك (ص:٤٢٧) ومن طريقه البيهقي (٦/١١١) عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما. فهذه القصة مع عثمان لا مع عمر رضي الله عنه، والمال فيها لعثمان، وليس ليتيم.

فصل : ويجوز أن يشترى له العقار ، لأن الحظ فيه يحصل منه الفضل ويبقى الأصل ، فهو أحظ من التجارة ، وأقل غررا ، وله أن يبنيه ، لأنه فى معنى الشراء ، قال أصحابنا : ويبنيه بالآجر والطين ، ليسلم الآجر عند انهدامه . والصحيح أنه يبنيه بما جرت به عادة أهل بلده ، لأنه أحظ وأقل ضرراً . ولا يجوز تحمل ضرر عاجل ، لتوهم نفع عند الهدم ، فالظاهر أنه لا ينهدم إلا بعد زوال ملكه عنه . ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة ، لما فيه من تفويت الحظ الحاصل به ، ويجوز للحاجة . قال أصحابنا : لا يجوز إلا لحاجة إلى نفقة ، أو قضاء دين ، أو غبطة لزيادة كثيرة فى ثمنه ، كالثلث فما فوقه ، والمنصوص : أن للوصى بيعه إذا كان نظراً لهم من غير تقييد بهذين . وقد يكون الحظ فى بيعه لغير هذا ، لكونه فى مكان لا غلة له ، أو له غلة يسيرة ، فيبيعه ويشترى بثمنه ما يكثر غلته ، أو يكون له عقاران ، يعمر أحدهما بثمن الآخر ، فلا وجه لتقييده بهذين .

فصل : ولا يجوز أن يودع ماله إلا لحاجة ، ولا يقرضه إلا لحظه ، مثل أن يخاف هلاكه ، أو نقصانه ببقائه ، فيقرضه ليستوفيه كاملاً ، ولا يقرضه إلا لملئ يأمن جحده ، أو مطله . ويأخذ بالعوض رهناً استيثاقاً له ، وإن لم يأخذ ، جاز فى ظاهر كلامه . وإن أراد الولى السفر لم يكن له المسافرة بماله ، لأنه يخاطر به ، لكنه يقرضه، أو يودعه أميناً ، والقرض أولى ، لأنه مضمون بخلاف الوديعة .

فصل : وله كتابة رقيقه وعتقه على مال ، للحظ فيه ، مثل أن يكاتبه ، أو يعتقه بمثلى قيمته ، لأنها معاوضة فيجوز للحظ فيها كالبيع ، ولا يجوز ذلك بمثل قيمته لأنه لا حظ فيه . قال أبو بكر : يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ ، مثل أن تكون له جارية وابنتها يساويان مائة ، لأجل اجتماعهما ، وتساوى إحداهما مفردة مائتين ، فيساوى قيمة الباقية مثلى قيمتيهما مجتمعتين .

فصل: وينفق عليه نفقة مثله بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار ، لقول اللّه تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا ﴾ [الفرقان: ٦٧] . ويقعده فى المكتب بغير إذن الحاكم ، ويؤدى أجرته ، لأنه من مصالحه العامة ، فجرى مجرى نفقته . ويشترى له الأضحية إن كان موسراً ، لأن فيه توسعة للنفقة عليه فى يوم جرت العادة بها ، وتطييباً لقلبه ، فجرى مجرى رفيع الثياب لمن عادته ذلك.

فصل : وللأب بيع ماله بماله ، لأنه غير متهم عليه ، لكمال شفقته ، وليس ذلك للوصى ولا للحاكم ، لأنهما متهمان فى طلب الحظ لأنفسهما ، فلم يجز ذلك لهما .

فصل : وإذا زال الحجر عنه فادعى وليه الإنفاق عليه ، أو تلف ماله ، فالقول قوله ، لأنه أمين عليه ، فقبل قوله ، كالمودع . وإن ادعى أنه لا حظّ له فى بيع عقار ، لم يقبل إلا ببينة . وإن قال الولى : أنفقت عليك عامين ، فقال : ما مات أبى إلا منذ عام ، فالقول قول الغلام ، لأن الأصل حياة أبيه ، وقد اختلفا فيما ليس الوصى أمينا فيه ، فكان القول قول مدعى الأصل .

فصل : وإذا بلغ الصبى ، وعقل المجنون ، ورشد ، انفك الحجر عنهما من غير حكم الحاكم، ولا يفك قبل ذلك ، لقول الله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ [سورة النساء : ٦] . وقسنا عليهم المجنون ، لأنه فى معناهم . والبلوغ للغلام بأحد ثلاثة أشياء: أحدها- إنزال المنى ، لقول الله تعالى : ﴿ **وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا** ﴾[النور:٢٤] ، وقول النبى ﷺ : «**رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم**»[١] رواه أبو داود.

والثانى- كمال خمسة عشر سنة ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال : عرضت على النبى ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزنى فى القتال ، وعرضت عليه وأنا ابن خمسة عشر ، فأجازنى[٢] متفق عليه .

والثالث- إنبات الشعر الخشن حول القبل ، لما روى عطية القرظى رضي الله عنه . قال : عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة ، فشكّوا فىّ فأمر رسول الله أن ينظر إلىّ هل أنْبتّ ؟ فنظروا فلم يجدونى أنبت ، فخلوا عنى وألحقونى بالذرية[٣] رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن صحيح. ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالباً يستوى فيه

---

(١) سبق تخريجه (١/١١٦).

(٢) رواه البخارى [٤٠٩٧]، ومسلم [١٨٦٨]، وأبو داود [٢٩٥٧]، والترمذى [١٣٦١]، والنسائى (١٢٧/٦)، وابن ماجه [٢٥٤٣]، وأحمد (١٧/٢).

(٣) **صحيح.** رواه أبو داود [٤٤٠٤]، والترمذى [١٥٨٤]، والنسائى (١٢٧/٦)، وابن ماجه [٢٥٤١]، وأحمد (٣٨٣/٤)، وابن حبان [٤٧٨٠]، والحاكم (١٢٣/٢)، وصححه قال الحافظ فى «التلخيص» (٤٢/٣): وصححه الترمذى، وابن حبان، والحاكم وقال: على شرط الصحيح، وهو كما قال، إلا أنهما لم يخرجا لعطية، وما له إلا هذا الحديث الواحد. اهـ.

الذكر والأنثى ، فكان بلوغاً كالاحتلام ، وبلوغ الجارية بهذه الثلاثة. وتزيد بشيئين: الحيض ، لقول رسول الله ﷺ : «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[1] رواه الترمذي، وقال: حديث حسن ، ولأنه خارج يلازم البلوغ غالباً ، أشبه المني. والثاني- الحمل، لأنه لا يكون إلا من المني فإذا ولدت المرأة ، حكمنا ببلوغها حين حكمنا بحملها. فإن كان خنثى مشكل، فحيضه علم على بلوغه وكونه امرأة، وخروج المني من ذكره، علم على بلوغه، وكونه رجلاً ، لأن الحيض من الرجل ومني الرجل من المرأة مستحيل، أو نادر. وقال القاضي: ليس ذلك بدليل، لجواز أن يكون من خلقة زائدة، لكن إن اجتمعا، فقد بلغ، لأنه إن كان رجلاً فقد أمنى، وإن كانت امرأة، فقد حاضت .

فصل : ويستوى الذكر والأنثى فى أنه ينفك عنه الحجر برشده وبلوغه ، للآية، ولأن المرأة أحد نوعى الآدميين ، فأشبهت الرجل . وعنه : لا يدفع إليها مالها حتى تلد ، أو تتزوج ويمضى عليها حول فى بيت الزوج ، لأن ذلك يروى عن عمر رضي الله عنه ، فإن لم تتزوج ، فقال القاضى : عندى أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال.

فصل : والرشد : الصلاح فى المال ، لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال فى قوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا** ﴾ [النساء: ٦]. قال: صلاحاً فى أموالهم[2] ، ولأن الحجر عليه لحفظ ماله، فيزول بإصلاحه. كالعدل. ولأن الفسق معنى، لو طرأ بعد الرشد، لم يوجب الحجر ، فلم يمنع من الرشد، كالمرض . فإن كان فسقه يؤثر فى تلف ماله، كشراء الخمر ودفعها فى الغناء والقمار، فليس برشيد، لأنه مفسد لماله.

فصل : وإنما يعرف رشده باختباره، لقول الله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ** ﴾ [النساء:٦]

---

(١) سبق تخريجه (١٣٦/١).

(٢) **إسناده صحيح**. رواه ابن جرير فى «التفسير» (٥٢/٤)، والبيهقى (٥٩/٦) من طريق على بن أبى طلحة عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: رشداً فى حالهم، والإصلاح فى أموالهم، وإسناده صحيح.

يعني: اختبروهم. واختبارهم: تفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثالهم إليهم، من تجارة أو نيابة. ويفوض إلى المرأة ما يفوض إلى ربة البيت، من استئجار الغزالات، وتوكيلها في شراء الكتان والقطن، والاستيفاء عليهن. ووقت الاختبار قبل البلوغ في ظاهر المذهب، لقول الله سبحانه : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ [النساء: ٦] ولأن تأخيره يؤدي إلى الحجر على البالغ الرشيد حتى يختبر ولا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء فإذا تصرف بإذن وليه، صح تصرفه لأنه متصرف بأمر الله تعالى، فصح تصرفه كالرشيد. وفيه رواية أخرى: لا يختبر إلا بعد البلوغ، لأنه قبله ليس بأهل، للتصرف. لأنه لم يوجد البلوغ الذي هو مظنة العقل، فكان عقله بمنزلة المعدوم. وفي تصرف الصبي المميز بإذن وليه روايتان. بناء على هذا. فأما غير المأذون، فلا يصح تصرفه إلا في الشيء اليسير، لأن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فأرسله[١] .

فصل : ومن لم يؤنس منه رشد، لم يدفع إليه ماله ، ولم ينفك الحجر عنه ، وإن صار شيخاً ، للآية . ولأنه غير مصلح لماله ، فلم يدفع إليه ، كالمجنون . وإن فك عنه الحجر فعاود السفه ، أعيد عليه الحجر ، لما روى عروة بن الزبير : أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً، فأتى الزبير فقال : إني قد ابتعت بيعاً، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي ، فقال الزبير : أنا شريكك في البيع ، فأتى علي رضي الله عنه عثمان رضي الله عنه فقال : إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير: أنا شريكه، فقال عثمان رضي الله عنه : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟[٢] وهذه قصة يشتهر مثلها ، ولم تنكر فتكون

---

(١) **ضعيف.** رواه أبو نعيم في «أخبار إصبهان» (١٦٧/٢) تعليقاً قال: كثير بن زر الأردستاني حديثه عن ابنه يحيى، روى عن إسماعيل بن آدم الجرجاني، عن فرج بن فضالة عن لقمان بن عامر عن أبي الدرداء أنه كان يشترى العصافير من الصبيان فيرسلهم، وإسناده ضعيف، فيه فرج بن فضالة ضعيف كما في «التقريب» وكثير بن زر ترجم له أبو نعيم وسكت عنه، وإسماعيل بن آدم لم أجد له ترجمة.

(٢) **صحيح.** روا ه الشافعي في «المسند» (بدائع المنن ــ ١٩١/٢)، وعبد الرزاق [١٥١٧٦]، والبيهقي (٦١/٦)، والخطيب في «التاريخ» (٢٤٢/١٤) من طريق يعقوب بن إبراهيم، عن هشام بن عروة ابن الزبير، عن أبيه به، وإسناده صحيح رجاله ثقات، ويعقوب بن إبراهيم هو القاضي أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة لا بأس به، وبرواياته إذا روى عن ثقة وروى عنه ثقة كما قال ابن عدى في «الكامل» (٢٦٠٤/٧).

إجماعاً . ولأن السفه يقتضى الحجر لو قارن ، فيقتضيه إذا طرأ ، كالجنون . ولا يحجر عليه إلا الإمام، أو نائبه ، لأن علياً سأل عثمان الحجر على ابن جعفر ، ولم يفعله بنفسه . ولأن معرفة التبذير تحتاج إلى نظر لأن الغبن قد يكون تبذيراً ، وقد يكون غير تبذير ، فيحتاج إلى نائب الإمام، كالحجر للفلس، ولأنه مختلف فيه ، أشبه الحجر للفلس ، ولا يلى عليه إلا الإمام، أو نائبه ، لأنه حجر ثبت به فكان هو الولى، كحجر المفلس.

فصل : ويستحب الإشهاد عليه وإظهار الحجر ، لتجتنب معاملته . فمن عامله ببيع ، أو قرض، لم يصح ، ولم يثبت به الملك . فإن وجد المعامل له ماله، أخذه. وإن أتلفه السفيه ، فهو من ضمان مالكه ، علم أو لم يعلم ، لأنه سلطه عليه برضاه وإن غصب مالاً، أو أتلفه ، ضمنه ، لأن صاحبه لم يرض ذلك ، ولأن الحجر على الصبى والمجنون لا يسقط عنهما ضمان المتلف ، فهذا أولى . وإن أودع مالاً فتلف، لم يضمنه، سواء فرط فى الحفظ أو لم يفرط ، لأنه تلف بتفريط صاحبه بتسليمه إليه . وإن أتلفه، ففيه وجهان: أحدهما– يضمنه ، لأن صاحبه لم يرض إتلافه ، أشبه المغصوب، والثانى– لا يضمنه ، لأن صاحبه فرط فى التسليم إليه . وإن أقر بمال ، لم يلزمه فى حال حجره ، لأنه حجر عليه لحظه ، فلم يقبل إقراره بالمال ، كالصبى والمجنون، ولأن قبول إقراره يبطل معنى الحجر ، لأنه يداين الناس ، ويقر لهم . قال أصحابنا : ويلزمه فى ما أقر به بعد فك الحجر عنه كالمفلس . وفيه نظر ، لأن الحجر عليه لعدم رشده ، فهو كالصبى . ولأن ثبوت إقراره فى ذمته لا يفيد الحجر معه إلا تأخير الضرر إلى أكمل حالتيه إلا أن يريدوا أنه يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان ثابتاً فى ذمته لا يسقط بالحجر عليه. وإن أقر بحد أو قصاص ، لزمه ، لأنه محجور عليه فى ماله لا فى نفسه . فإن عفا ولى القصاص إلى مال ، ففيه وجهان: أحدهما– له ذلك، لأن من ثبت له القصاص يثبت له الخيرة. كما لو ثبت ببينة. والثانى– لا يصح ، لئلا يواطئ من يقر له بالقصاص، ليعفو على مال يأخذه. وإن أقر بنسب، قبل ، لأنه ليس بمال ، وينفق على الغلام من بيت المال ، لإن إقرار السفيه بما يوجب المال غير مقبول . وإن طلق امرأته، صح ، لأن الحجر لحفظ المال

والطلاق يوفره ولا يضيعه . وإن خالع ، جاز ، لأنه إذا جاز الطلاق بغير مال فبالمال أولى . ولا تدفع المرأة إليه المال ، فإن فعلت ، لم يصح القبض ، ولم تبرأ منه إلا بالدفع إلى وليه. وإن تلف ، كان من ضمانها .

فصل : وإن أذن له الولى فى النكاح ، صح منه ، لأن حاجته تدعوه إلى ذلك. وليس بآلة للتبذير . وقال القاضى : يصح من غير إذن الولى ، لما ذكرنا . وإن أذن له فى البيع ، ففيه وجهان: أحدهما- يصح منه ، لأنه عقد معاوضة فصح منه بالإذن كالنكاح . والثانى: لا يصح ، لأن المقصود منه المال وهو محجور عليه فيه . ولأن الحجر عليه لتبذيره ، فالإذن له إذن فيما لا مصلحة فيه . وإن حلف ، انعقدت يمينه لأنه مكلف . ويكفر بالصوم ، لأنه ممنوع من التصرف فى المال فأشبه العبد . وإن أحرم بالحج ، صح . لأنه من أهل العبادات ، فإن كان فرضاً، لزمه إتمامه ويجب الإنفاق عليه إلى أن يخرج منه ، لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرائض فوجب . وإن كان تطوعاً لا تزيد نفقته على نفقة الإقامة ، أو تزيد وله كسب ، إذا أضافه إليها ، أمكنه الحج ، لزمه إتمامه . فإن لم يكن كذلك ، ففيه وجهان: .أحدهما- على الولى تحليله ، لأن فى إتمامه تضييعاً للمال فيما لا يلزمه . الثانى- ليس له تحليله بناء على إحرام العبد بغير إذن سيده ، ويتحلل بالصوم كالعبد .

فصل : وإن وجب له القصاص ، فله استيفاؤه ، لأن القصد التشفى ودرك الثأر وله العفو على مال ، لأنه تحصيل مال. فإن عفا إلى غير مال ، وقلنا : الواجب القصاص عيناً ، سقط إلى غير شئ . وإن قلنا : الواجب أحد شيئين، وجبت الدية ، لأنه ليس له إسقاط المال .

فصل : لا ينفذ عتقه ، لأنه إتلاف لماله . وحكى عنه : أنه يصح ، لأنه مكلف مالك ، أشبه الراهن . ويصح تدبيره ووصيته ، لأنه محض مصلحة ، لتقربه به إلى الله عند غناه عن المال . وإن نذر عبادة بدنية انعقد نذره ، لأنه لا حجر عليه فى بدنه . وإن نذر صدقة مال، لم يصح ، ويكفر عن نذره بالصيام . وقياس قول أصحابنا : أنه يلزمه الوفاء به عند فك حجره كالإقرار .

فصل: وهل للمرأة الرشيدة التبرع من مالها بغير إذن زوجها؟ فيه روايتان: إحداهما: لها ذلك لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وقول النبي ﷺ: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن»[١] وقبوله صدقتهن حين تصدقن، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده، نفذ تصرفه فيه بغير إذن غيره كالرجل. وعنه: لا تهب شيئاً إلا بإذن زوجها، ولا ينفذ عتقها، لما روى عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»[٢] رواه أبو داود. وكلام أحمد عام في الكثير والقليل. وقال أصحابنا: لها التبرع بالثلث فما دون، فما زاد فعلى روايتين.

فصل: وهل لها الصدقة من ماله بالشيء اليسير بغير إذنه؟ فيه روايتان: إحداهما- لها ذلك، لأن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت، وله مثله بما كسب، ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء»[٣]، وعن أسماء أنها قالت: يارسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل على الزبير، فهل على جناح أن أرضخ مما يدخل علي؟ قال: «ارضخي ما استطعت، ولا توعي، فيوعي الله عليك»[٤]

---

(١) رواه البخاري [١٤٦٦]، ومسلم [١٠٠٠]، والترمذي [٦٣٥]، النسائي (٥/ ٦٩)، وابن ماجه [١٨٣٤]، وأحمد (٣/ ٥٠٢)، من حديث زينب الثقفية رضي الله عنها.

(٢) صحيح. رواه أبو داود [٣٥٤٧]، والنسائي (٦/ ٢٣٦)، وأحمد (٢/ ١٨٤)، ورواه ابن ماجه [٢٣٨٨]، والحاكم (٢/ ٤٧)، كلهم من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وصححه الحاكم - ووافقه الذهبي -، وابن الملقن في «تحفة المحتاج» (٢/ ٢٦١)، وقال الهيثمي في «المجمع» (٦/ ١٧٨): رجاله ثقات.

(٣) رواه البخاري [١٤٢٥]، ومسلم [١٠٢٤]، وأبو داود [١٦٨٥]، والترمذي [٦٧٢]، والنسائي (٥/ ٤٩)، وابن ماجه [٢٢٩٤]، وأحمد (٦/ ٤٤).

(٤) رواه البخاري [١٤٣٤]، ومسلم [١٠٢٩] واللفظ لهما، وأبو داود [١٦٩٩]، والترمذي [١٩٦٠]، والنسائي (٥/ ٥٥)، وأحمد (٦/ ٣٥٣).

متفق عليهما. ولأن العادة السماح بذلك، فجرى مجرى صريح الإذن. والثانية- لا يجوز، لما روى أبو أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، قيل: يارسول الله ولا الطعام؟ قال: «ذلك أفضل أموالنا»[1] رواه الترمذي. ولأنه تبرع بمال غيرها، فلم يجز، كالصدقة بثيابه.



(١) حسن: رواه أبو داود [٣٥٦٥]، والترمذي [٦٧٠، ٢١٢٠]، وابن ماجه [٢٢٩٥، ٢٧١٣]، وأحمد (٢٦٧/٥)، من طريق إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل عن أبي أمامة رضي الله عنه به، وإسناده حسن إسماعيل بن عياش صدوق في روايته عن الشاميين، وشرحبيل بن مسلم من الشاميين وهو صدوق فيه لين، كما في «التقريب»، والحديث حسنه الترمذي، وابن عبد البر في التمهيد (٤٣٨/٢٤)، والحافظ في التلخيص (٩٢/٣).

كتاب
الصلح

وهو ضربان: أحدهما- الصلح في الأموال وذلك نوعان: أحدهما- الصلح على الإنكار . مثل أن يدعى على إنسان عيناً في يده ، أو ديناً في ذمته ، لمعاملة أو جناية ، أو إتلاف أو غصب ، أو تفريط في وديعة ، أو مضاربة ونحو ذلك ، فينكره ثم يصالحه بمال ، فإنه يصح إذا كان المنكر معتقداً بطلان الدعوى ، فيدفع المال افتداءً ليمينه ، ودفعاً للخصومة عن نفسه . والمدعى يعتقد صحتها ، فيأخذه عوضاً عن حقه الثابت له ، لأنه صلح يصح مع الأجنبى ، فيصح بين الخصمين ، كالصلح مع الإقرار ويكون بيعاً في حق المدعى ؛ لأنه يأخذ المال عوضاً عن حقه . فيلزمه حكم إقراره ، حتى لو كان العوض شقصاً ، وجبت فيه الشفعة . وإن وجد به عيباً، فله رده ويكون إبراء في حق المنكر، لاعتقاده أن ملكه للمدعى لم يتجدد بالصلح ، وأنه إنما دفع المال افتداء لنفسه لا عوضاً ، فلو كان المدعى شقصاً ، لم تجب فيه شفعة . ولو وجد به عيباً ، لم يملك رده ، كمن اشترى عبداً قد أقر بحريته ، وإن كان أحدهما يعلم كذب نفسه ، فالصلح باطل في الباطن ، وما يأخذه بالصلح حرام ، لأنه يأكل مال أخيه بباطله ويستخرجه منه بشره . وهو في الظاهر صحيح ، لأن ظاهر حال المسلمين الصحة والحق ، فإن صالح عن المنكر أجنبى ، صح . فإن كان بإذنه، فهو وكيله وقائم مقامه . وإن كان بغير إذنه ، فهو افتداء له ، وإبراء لذمته من الدين أو الدعوى، وذلك جائز بغير إذنه ، بدليل أن أبا قتادة قضى دين الميت، ولا إذن له. لكن إن كان بغير إذنه لم يرجع عليه ، لأن الدين لم يثبت عليه، ولأنه أدى عنه ما يلزمه أداؤه، فكان متبرعاً ، وإن كان بإذنه ، رجع عليه، لأنه وكيله. وإن صالح الأجنبى عن نفسه ليصير الحق له من غير اعتراف للمدعى بصحة الدعوى ، لم يصح ، لأنه يشترى

ملك غيره . وإن اعترف بصحة دعواه ، والمدعَى دين ، لم يصح ، لأن بيع الدين لا يصح مع الإقرار ، فمع الإنكار أولى. وإن كان عيناً لا يقدر المصالح على تخليصها، لم يصح ، لأن بيعها لا يصح مع الإقرار ، فمع الإنكار أولى . وإن كان يقدر على استنقاذها صح ، لأنه اشترى منه ماله الممكن تسلمه ، فصح ، كما قلنا فى بيع المغصوب . ثم إن قدر على انتزاعها ، استقر الصلح ، وإن عجز ، فله الفسخ ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه ، فرجع فى بدله . فإن قال الأجنبى للمدعى : أنا وكيل المنكر فى صلحك ، وهو معترف لك فى الباطن ، جاحد فى الظاهر فصالحه ، لم يصح ، لأن الصلح فى هذه الحال لا يصح من المنكر ، فكذلك من وكيله . وقال القاضى : يصح، ومتى صدقه المنكر ، ملك العين ، ولزمه ما أدى عنه . وإن أنكر ، حلف وبرئ وإن دفع المدعى إلى المنكر مالاً ليقر له ففعل ، ثبت الحق ، وبطل الصلح ، لأنه يجب عليه الإقرار بالحق ، فلم يحل له أخذ العوض عما وجب عليه . ولو صالح امرأة لتقر له بالزوجية، أو بالرق ، لم يصح لذلك، ولأنه يحرم عليها بذل نفسها لمن يطأها بعوض. وإن بذلت عوضاً للمدعى عن دعواه، صح ، لأنها تدفع شره عن نفسها ، ويأخذ العوض عن حقه فيها ، كعوض الخلع. وقيل : لا يصح فى الزوجية، لأن الزوج لا يأخذ عن الزوجية عوضاً فى غير الخلع. ولو صالح شاهداً ليترك الشهادة عليه ، أو سارقاً ، لئلا يرفعه إلى السلطان، فالصلح باطل، لأنه لا يحل أخذ العوض عن ترك الشهادة الواجبة، وليس رفعه إلى السلطان حقاً يجوز الاعتياض عنه.

فصل : النوع الثانى– الصلح مع الاعتراف ، وهو ثلاثة أقسام: أحدها– أن يعترف له بدين فيبرئه من بعضه، ويستوفى باقيه ، فلا بأس بذلك ، لأن الإنسان لا يمنع من إسقاط حقه، ولا من استيفائه . قال أحمد: ولو شفع فيه شافع ، لم يأثم، لأن النبى ﷺ كلم غرماء جابر ، فوضعوا عنه الشطر[1] وكلم كعب بن مالك،

---

(١) ثبت أن النبى ﷺ كلم غرماء جابر ليضعوا عنه، فأبوا، كما فى الحديث الذى رواه البخارى [٢١٢٧]، وأبو داود [٢٨٨٤]، والنسائى (٢٠٥/٦)، وابن ماجه [٢٤٣٤]، وأحمد (٣٩١/٣) من حديث جابر رضي الله عنه وليس فيه أنهم وضعوا عنه الشطر.

فوضع عن غريمه الشطر(١) . ويجوز للقاضي فعل ذلك ، لأن النبي ﷺ فعله . وإن أمكن الغريم الوفاء ، فامتنع منه حتى أبرئ من بعضه، لم يجز ، لأنه هضم للحق ، وأكل مال بالباطل . ولو قال الغريم: أبرأتك من بعضه ، بشرط أن توفيني بقيته ، أو على أن توفيني ، أو لتوفيني، لم يصح ، لأنه جعل إبراءه عوضاً عما أعطاه ، فيكون معاوضاً لبعض حقه ببعض ، ولا يصح بلفظ الصلح، لأن معنى صالحني عن المائة بخمسين ، أي بعني ، وذلك غير جائز، لما ذكرنا، ولأنه ربا . ولو صالحه عن مائة مؤجلة بخمسين حالة ، لم يجز لذلك، ولأن بيع الحلول غير جائز . وإن صالحه عن الحالة بأقل منها مؤجلة ، لم يصح ، ولأن الحال لا يتأجل بالتأجيل ، وما يسقطه لا مقابل له ، إلا أن يسقطه اختياراً منه بغير عوض ولو اعترف له بدار، فصالحه على أن يسكنه فيها مدة، أو يبني عليها غرفة ، ونحو ذلك ، لم يصح ، لأنه لا عوض له.

فصل: القسم الثاني- أن يعترف له بعين في يده ، فيهب له بعضها ، ويستوفي باقيها ، فيصح ، لما ذكرنا في الإبراء إذا فعل هذا اختياراً من غير منع الغريم ، ووهب له بغير شرط ، كما ذكرنا في الإبراء .

فصل: القسم الثالث- أن يعترف له بعين ، أو دين ، فيصالحه على غيره . وذلك ثلاثة أضرب : أحدها- أن يعترف له بنقد ، فيصالحه على نقد ، فهذا صرف يعتبر له شروطه . الثاني- أن يعترف له بنقد ، فيصالحه على عرض ، أو بعرض فيصالحه على نقد ، أو عرض فهذا بيع يثبت له أحكامه كلها . الثالث- أن يعترف له بنقد أو عرض فيصالحه على منفعة كسكنى دار ، أو خدمة ، فهذا إجارة يثبت فيه أحكامها. ولو تلفت العين التي صالح عليها ، بطل الصلح فإن كان قد مضى بعض المدة ، بطل فيما بقي بقسطه . ولو اعترفت المرأة بدين فصالحته على أن تزوجه نفسها ، صح ، وكان صداقاً لها ، ولو اعترفت له بعيب في مبيع ، فصالحته على

---

(١) رواه البخاري [٢٤١٨]، ومسلم [١٥٥٨]، وأبو داود [٣٥٩٥]، والنسائي (٢/٢١٤)، وابن ماجه [٢٤٢٩]، وأحمد (٦/٣٩٠) من حديث كعب بن مالك ﷺ .

نكاحها ، صح . فإن زال العيب ، رجعت بأرشه ، لأنه الصداق. ولم يسم الخرقي غير الصلح في الإنكار صلحاً .

فصل : وإذا اعترف له بشيء ، لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه من جنسه ، لأن الزائد لامقابل له . ولو اعترف بقتل خطأ فصالحه بأكثر من الدية من جنسها ، لم يجز . وإن كان من غير جنسها ، جاز ، لأنه معاوضة . ولو أتلف شيئاً قيمته مائة ، فصالحه على مائة وعشرة ، لم يجز لذلك. وإن صالحه على عرض جاز ، وإن كثر ، لأنه بيع . ولو أجل العوض الواجب بالإتلاف ، لم يصر مؤجلا بتأجيله .

فصل : وصلح المكاتب والمأذون له ، من العبيد والصبيان من دين لهم ببعضه ، لا يصح إلا إذا كان لهم به بينة ، وأقر لهم به ، لأنه تبرع وليس لهم التبرع، فإن كان على الإنكار ، صح ، لأن استيفائهم للبعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه .

فصل : ويصح الصلح عن المجهول الذى لا سبيل إلى معرفته ، عيناً كان أو ديناً. لما روى عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما إليه في مواريث درست: «استهما وتوخيا الحق ، وليحلل أحدكما صاحبه»[1] وسواء كان الجهل من الجانبين كالحقوق الدارسة ، أو ممن عليه الحق ، لأن الحاجة تدعو إليه، فأما ما يمكن معرفته فلا يجوز قال أحمد : إن صالحوا امرأة من ثُمْنها ، لم يصلح. ولو قال الوارث لبعضهم: نخرجك من الميراث بألف، أكره ذلك، حتى يعرفه. ويعلم ما هو ؟ إنما يصالح الرجل على شيء لا يعرفه، ولا يدرى ما هو، أو يكون رجل يعلم ماله على الآخر، والآخر لا يعرفه فيصالحه، فأما إذا علم فلم يصالحه، إنما يريد أن يهضم حقه. ولأن هذا لا حاجة إليه، فلم يجز كبيع المجهول .

---

(١) حسن. رواه أبو داود [٣٥٨٤]، وأحمد (٦/٣٢٠)، والدارقطني (٤/٣٤٩)، والحاكم (٤/٩٥) من طريق أسامة بن زيد الليثى، عن عبد الله بن رافع، عن أم سلمة ﵂ ، وإسناده حسن، فيه أسامة ابن زيد وهو صدوق يهم، كما في «التقريب»، وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

باب
الصلح فيما ليس بمال

يصح الصلح عن دم العمد بمال يزيد على الدية وينقص عنها ، لأن المال لم يتعين . فإن خرج العوض حراً أو مستحقاً ، رجع بقيمته . ولو صالح عن دار فخرج العوض مستحقاً ، رجع في الدار ، لأنه بيع ، فإذا فسد عوضه تبينا فساده . والصلح في الدم إسقاط ، فلم يعد بعد سقوطه ، ورجع ببدل العوض وهو القيمة .

فصل : وإذا أراد أن يجرى في أرض غيره ماء ، له غنى عن إجرائه فيها ، لم يجز إلا برضاه لأن فيه تصرفاً في أرض غيره بغير إذنه ، فلم يجز ، كالزرع فيها ، فإن صالحه على موضع القناة ، جاز ، إذا بينا موضعها وطولها وعرضها لأنه بيع لموضع من أرضه ؛ ولا حاجة إلى بيان عمقها ، لأن قرارها لمشتريها بعمق ما شاء ، وإن شرط أن أرضها لرب الأرض ، كان إجارة ، يفتقر إلى معرفة عمقها ، ومدتها كإجارتها للزرع ، فإن كان رب الأرض مستأجراً لها ، جاز أن يصالح على إجراء ماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة إجارته ، وليس له حفر ساقية ، لأنه إحداث شئ لم تتناوله الإجارة ، وكذلك إن كانت الأرض وقفاً عليه . وإن صالح رجلاً على أن يجرى على سطحه ، أو أرضه ماء المطر ، جاز ، إذا كان السطح الذى يجرى ماؤه معلوماً ، لأن الماء يختلف بصغره ، وكبره ، ومعرفة موضع الميزاب الذى يجرى الماء إليه ، لأن ضرره يختلف . ولا يفتقر إلى ذكر المدة ، لأن الحاجة تدعو إلى هذا ، ولأن هذا لا يستوفى به منافع السطح ، بخلاف الساقية . ومن كانت له أرض ، لها ماء ، لا طريق له ، إلا في أرض جاره وفي إجرائه ضرر بجاره ، لم يجز إلا بإذنه ، لأنه لا يملك الإضرار به ، بالتصرف في ملكه ، بغير إذنه ، وإن لم يكن فيه ضرر ، ففيه روايتان: إحداهما- لا يجوز ، لما تقدم. والثانية- يجوز ، لما روى أن الضحاك

ابن خليفة ، ساق خليجاً من العريض ، فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة ، فمنعه ، فقال له عمر ﷺ : لم تمنع جارك ما ينفعه ولا يضرك ، تشربه أولاً وآخراً ؟ فقال له محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر ﷺ أن يمر به ، ففعل[١] رواه سعيد . ولأنه نفع لا ضرر فيه ، فأشبه الاستظلال بحائطه .

فصل : ولا يجوز أن يشرع إلى الطريق النافذ جناحاً ، وهو الروشن[٢] على أطراف خشب مدفونة فى الحائط ، ولا ساباطاً[٣] وهو المستولى على هواء الطريق على حائطين ، لأنه بناء فى ملك غيره ، بغير إذنه ، فلم يجز ، كالبناء فى أرض الطريق ، ولا ميزاباً ، ولا يبنى فيها دكة لذلك ، ولأنه يضر بالمارة ، أشبه بناء بيت ، ولا يباح ذلك بإذن الإمام ، لأنه ليس له الإذن فيما يضر المسلمين ، وسواء أضر فى الحال ، أو لم يضر ، لأن هذا يراد للدوام ، وقد يحدث الضرر فيه . وقال ابن عقيل : يجوز أن يأذن الإمام فيما لا ضرر فيه ، لأنه نائب المسلمين ، فجرى مجرى إذنه فى الجلوس .

فصل : ولا يجوز أن يفعل هذا فى ملك إنسان ، ولا درب غير نافذ ، إلا بإذن أهله ، لأنه حقهم ، فلم يجز التصرف فيه بذلك ، بغير إذنهم ، فإن صالحه المالك ، أو أهل الدرب بشئ معلوم ، جاز ، لأنه يجوز بإذنهم بغير عوض ، فجاز بعوض ، كما فى القرار . وقال القاضى : لا يجوز الصلح عن الجناح والساباط لأنه بيع للهواء دون القرار .

فصل : وإذا حصلت أغصان شجرته فى هواء ملك غيره ، فطالبه بإزالتها ، لزمه ذلك ، لأن هواء ملكه ملكه ، فإن لم يزله ، فلمالك الأرض إزالتها ، بالقطع وغيره كما لو دخلت بهيمة جاره داره ، ملك إخراجها ، فإن صالحه على تركها بعوض ،

---

(١) **إسناده صحيح.** رواه مالك فى «الموطأ» (ص: ٤٦٤)، والبيهقى فى «المعرفة» [١٢٢٤٦] من طريق عمرو بن يحيى المازنى، عن أبيه أن الضحاك بن خليفة به. وإسناده صحيح رجاله ثقات رجال الصحيحين.

(٢) الرَّف، وقيل الكوة. (اللسان).

(٣) الساباط: سقيفة بين حائطين تحتها طريق، والجمع سوابيط وساباطات. (الصحاح).

جاز عند ابن حامد ، وابن عقيل ، لأن الجهالة هاهنا لا تمنع التسليم ، فلم تمنع الصحة ، كالصلح على المواريث الدارسة[١] ، ولأن هذا مما يحتاج إليه ، ويسامح فيه فجرى مجرى سمن المستأجر للركوب ، وهزاله. وقال القاضي : يصح في اليابس ، المعتمد على حائط، ولا يصح في الرطب ، لأنه يزيد ، ويتغير ، ولا في غير المعتمد لأنه لا قرار له. وقال أبوالخطاب: لا يصح في الجميع ، لأن الرطب يزيد ويتغير، واليابس ينقص، ويذهب. وإن صالحه بجزء من ثمرتها معلوم، ففيه وجهان: أحدهما- المنع، للجهالة فيه وفي عوضه. والثاني- يجوز، لأن هذا يكثر في الأملاك المتجاورة، وفي القطع إتلاف وإضرار، فدعت الحاجة إلى الصلح بجزء من الثمرة، لأنه أسهل. ولو امتدت عروق شجرة، حتى أثرت في بناء غيره، أو بئره، فعليه إزالته، لأن قرار ملك الإنسان ملكه، فهو كهوائه، ولو مال حائطه إلى ملك جاره، أو طريق، لزمه إزالته .

فصل : ليس للإنسان أن يفتح في حائط جاره طاقاً ، ولا يغرز فيه وتداً ، ولا مسماراً ، ولا يحدث عليه حائطاً ، ولا سترة بغير إذنه ، لأنه تصرف في ملك غيره ، بما يضر به ، فلم يجز ، كهدمه . وليس له وضع خشبة عليه ، إن كان يضر بالحائط ، أو يضعف عن حمله ، لقول النبي ﷺ : «لا ضرر ولاضرار»[٢] ، وإن كان لا يضر ، وبه غنى عنه ، لم يجز عند أكثر أصحابنا ، لأنه تصرف في ملك غيره، بما يستغنى عنه ، فلم يجز ، كفتح الطاق ، وغرز المسمار ، وأجازه ابن عقيل لخبر أبي هريرة رضي الله عنه . ولأن ما أبيح لا تعتبر له حقيقة الحاجة ، كانتزاع الشقص المشفوع ، والفسخ بالعيب . وإن احتاج إليه ، بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به جاز ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : «لا يمنع أحدكم جاره ، أن يضع خشبة على جداره»[٣] متفق عليه . ولأنه انتفاع، لا ضرر فيه ، دعت الحاجة إليه ،

---

(١) يقال: درس الكتاب: أى عَتُقَ، ودرس المنزل: أى عفا وخفيت آثاره. (المصباح).

(٢) سبق تخريجه (١٣٤/٢).

(٣) رواه البخارى [٢٤٦٣]، ومسلم [١٦٠٩]، وأبو داود [٣٦٣٤] والترمذى [١٣٥٣]، وابن ماجه [٢٣٣٥]، وأحمد (٢٤٠/٢).

فوجب بذله كفضل الماء لبهائم غيره ، وذكر القاضى ، وأبو الخطاب : أنه لا يجوز ، إلا لمن ليس له إلا حائط واحد، ولجاره ثلاثة ، وقد يتعذر التسقيف على الحائطين غير المتقابلين ، فالتفريق تحكم ، فأما وضع الخشب فى حائط المسجد مع الشرطين ، ففيه روايتان: إحداهما- يجوز، لأن تجويزه فى ملك الآدمى المبنى حقه على الضيق ، تنبيه على جوازه فى حق الله ، المبنى على المسامحة والسهولة . والثانية- المنع ، اختارها أبو بكر لأن الأصل المنع ، خولف فى الآدمى المعين ، فيبقى فيما عداه على مقتضى الأصل، ويتخرج من هذه الرواية ، أن يمنع من وضعه فى ملك الجار إلا بإذنه ، لما ذكرنا، للرواية الأولى ، فإن صالحه المالك على وضع خشبة بعوض فى الموضع الذى يجوز له وضعه ، لم يجز ، لأنه يأخذ عوض ما يجب عليه بذله ، وإن كان فى غيره ، جاز، سواء كانت إجارة ، فى مدة معلومة ، أو على التأبيد ، بشرط كون الخشب معلوماً برؤية ، أو صفة ، والبناء معلوم ، والآلة معلومة ، ومتى زال الخشب ، لسقوط الحائط ، أو غيره ، فله إعادته ، لأنه استحق بقاءه ، بعوض ، ولو كان له رسم طرح خشب ، فصالحه المالك بعوض ، على أن لا يعيده عليه ، أو ليزيله عنه ، جاز ، لأنه لما جاز أن يصالح على وضعه ، جاز على نزعه .

فصل : فإن كان له دار ، بابها فى زقاق غير نافذ ، وظهرها إلى الشارع ، فله فتح باب إلى الشارع ، لأن له حقاً فى الاستطراق فيه ، وإن كان بابها إلى الشارع لم يكن له فتح باب إلى الزقاق ، للاستطراق ، لأنه لا يجوز له أن يجعل لنفسه حق الاستطراق ، فى مكان ، مملوك لأهله ، لا حق له فيه ، ويحتمل الجواز لما نذكره فى الفصل الذى يليه ، وله أن يفتح مكاناً للضوء والنظر ، لا يصلح للاستطراق ، لأن له رفع جميع حائطه ، فرفع بعضه أولى . وإن فتحه باباً ، يصلح للاستطراق ، وقال : لا أجعله طريقاً ، بل أغلقه وأسمره ، ففيه وجهان: أحدهما- له ذلك ، لما ذكرنا . والثانى- لا يجوز ، لأن الباب دليل على الاستطراق فيجعل لنفسه حقاً . وإن كان له داران ، باب إحداهما ، أو بابهما فى زقاقين ، غير نافذين، بينهما حائط ، فأنفذ إحداهما إلى الأخرى، جاز فى أحد الوجهين ؛ لأن له رفع الحائط من بينهما ،

وجعلهما داراً واحدة ، فرفع بعضه أولى . والثاني- لا يجوز ، لأنه يجعل الزقاقين نافذين ، ويجعل الاستطراق فى كل واحد منهما من دار ، لا حق لها فيه . وكل موضع لا يجوز إذا صالح أهل الدرب بعوض ، أو أذنوا له بغير عوض ، جاز ، لأن المنع لحقهم ، فجاز لهم أخذ العوض عنه ، كسائر حقوقهم .

فصل : فإن كان بابه فى زقاق ، غير نافذ ، فأراد تقديمه نحو أوله ، جاز ، لأنه يترك بعض حقه، وإن قدمه نحو آخره ، لم يجز ، لأنه يجعل لنفسه الاستطراق فى موضع ، لم يكن له ، ويحتمل الجواز ، لأن له رفع حائطه كله ، فملك رفع بعضه ولأن ما يلى حائطه فناءً له ، فملك فتح الباب فيه ، كحالة ابتداء البناء ، فإن له فى ابتداء البناء جعل بابه حيث شاء ، فتركه له لا يسقط حقه منه . ولو تنازع صاحبا البابين فى الدرب ، ففيه وجهان: أحدهما- يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الأول لهما ، لأن يدهما عليه ، واستطراقهما فيه ، وسائر الدرب للآخر، لأن اليد له لاستطراقه وحده . والثاني- هو بينهما ، لأن لهما جميعاً يداً وتصرفاً ، فعلى الوجه الأول لصاحب الباب الصدراني جعل آخر الدرب دهليزاً يختص به عن سائر أهل الدرب ، لأنه ملكه خاصة ، وعلى الثاني لا يجوز ، لأنه مشترك بين الجميع .

فصل : إذا كان بينهما حائط مشترك ، فانهدم ، فدعا أحدهما صاحبه إلى عمارته ، فأبى ، أجبر ، لأنه إنفاق على ملك مشترك يزيل الضرر عنهما ، فأجبر عليه كإطعام العبد المشترك ولأن فى تركه ضرراً فأجبر عليه كالقسمة ، فإن لم يفعل ، باع الحاكم ماله ، وأنفق عليه ، فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه وأنفق ، فإن أنفق الشريك بإذنه ، أو إذن الحاكم ، رجع بالنفقة والحائط بينهما، كما كان قبل انهدامه ، وعنه : لا يجبر ، لأنه إنفاق على ملك لا يجب لو انفرد به ، فلم يجب مع الاشتراك ، كزرع الأرض ، وإن أراد شريكه بناءه لم يمنع، لأنه يعيد رسماً فى مشترك ، فلم يمنع كوضع الخشب الذى له رسم، فإن بناه بآلته، عاد بينهما كما كان برسومه وحقوقه ، لأنه عاد بعينه ، وليس للبانى فيه إلا أثر تأليفه، وإن بناه بآلة من عنده ، فهو للبانى ليس لشريكه الانتفاع به، وللبانى نقضه إن شاء، لأنه ملكه

خاصة . ولو بذل له شريكه نصف قيمته ، لئلا ينقضه، لم يجبر على قبولها ، لأنه لما لم يجبر على إنشائه ، لم يجبر على إبقائه. وعلى الرواية الأولى يجبر على تركه ، لأنه يجبر على إنشائه ، فيجبر على إبقائه . فإن كان للشريك على الحائط رسم انتفاع، قلنا للباني : إما أن تأخذ منه نصف القيمة ، وتمكنه من إعادة رسمه ، وإما أن تأخذ بناءك ليبنى معك ، لأن القرار مشترك بينهما ، فلم يجز أن يسقط حق شريكه.

فصل : وإن كان السفل لأحدهما ، والعلو للآخر ، فانهدم السقف الذى بينهما ، فالحكم فيه كالحائط المشترك سواء ، لأنه ينفعهما فهو كالحائط بينهما ، وأيهما هدم الحائط أو السقف ، فعليه إعادته إلا أن يخاف سقوطه ، ويجب هدمه ، فيصير كالمنهدم بنفسه . وإن انهدمت حيطان السفل ، لم يملك صاحبه إجبار صاحب العلو على مباناته ، لأنه ملكه خاصة . وعنه : يجبر لأنهما ينتفعان به ، فأشبه الحائط المشترك . وهل لصاحب العلو إجبار صاحبه على بنائه ؟ على روايتين . وليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بنائه إن أراده ، فإن بناه بآلته ، فهو على ما كان لا يملك أحدهما نقضه ، وإن بناه بغير آلته ، فقال أحمد: لا ينتفع به صاحب السفل حتى يؤدى القيمة ، فيحتمل أنه ليس له السكنى ، لأن فائدة الحيطان أكثرها للسكنى ، ويحتمل أنه ليس له طرح الخشب ، ونصب الوتد ونحوه دون السكنى ، لأن ذلك هو الانتفاع بالحائط مباشرة . ولبانيه نقضه لأنه ملكه ، ولا يجبر على إبقائه بالقيمة ، لأنه لايجبر على ابتدائه .

فصل : فإن كان بينهما دولاب ، أو ناعورة[1] يحتاج إلى عمارة ، فذلك كالحائط المنهدم سواء . وإن كان بينهما قناة أو عين ، ففى إجبار الممتنع من عمارتها روايتان . فإن نقاها أحدهما، لم يملك منع صاحبه من نصيبه ، لأنه ليس له فيها إلا أثر الفعل .

فصل : ليس للمالك التصرف فى ملكه بما يضر جاره ؛ نحو أن يبنيه حماماً

---

(١) الناعور واحد النواعير وهى التى يُسْتَقَى بها، يديرها الماء ولها صوت. (مختار الصحاح).

بين الدور ، أو مخبزاً بين العطارين ، أو يجعله دار قصارة تهز الحيطان ، أو يحفر بئراً تجتذب ماء بئر جاره ، لقول النبي ﷺ : « **لا ضرر ولا ضرار** » رواه ابن ماجه، ولأنه تصرف يضر بجيرانه ، فمنع منه ، كالدق الذي يهز الحيطان . وليس له سقي أرضه بماء يهدم حيطانهم ، وإن كان له سطح أعلى من سطح جاره ، فعلى الأعلى بناء سترة بين ملكيهما ، ليدفع عنه ضرر نظره إذا صعد سطحه .

باب
الحوالة

وهي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . وهي عقد إرفاق منفرد بنفسه ليست بيعاً ، بدليل جوازها في الدين بالدين ، وجواز التفرق قبل القبض ، واختصاصها بالجنس الواحد واسم خاص ، فلا يدخلها خيار ، لأنها ليست بيعاً ولا في معناه ، لكونها لم تبن على المغابنة . والأصل فيها قول النبي ﷺ : «**مطل الغني ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع**»[1] . متفق عليه . ولا تصح إلا بشروط أربعة

أحدها - أن يحيل على دين مستقر ، لأن مقتضاها إلزام المحال عليه الدين مطلقاً ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ، ولا يعتبر استقرار المحال به ، لجواز أداء عين المستقر، أي لأنه يجوز أداء الدين المستقر وغير المستقر. ولا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه ، لأنه لا تجوز المعاوضة به ، ولا عنه . ولو أحال الزوج زوجته قبل الدخول بصداقها ، صح ، وإن أحالت المرأة به عليه لم يصح ، لأنه غير مستقر . وإن أحال المشتري البائع بثمن المبيع في مدة الخيار ، صح ، وإن أحال البائع به عليه لم يصح لذلك. وإن أحال المكاتب سيده بنجم ، قد حل عليه ، صح ، وإن أحال سيده به عليه ، لم يصح لذلك . وإن أحيل على المكاتب بدين غير مال الكتابة ،

---

(١) سبق تخريجه (٢/١٢٠).

صح ، لأن حكمه حكم الأحرار فى المداينات . وإن أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهو توكيل فى الاقتراض ، وإن أحال على من له عليه دين ، فهو توكيل فى الاستيفاء ، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه، فهو ملتمس إيفاء دينه، وليس شئ من ذلك حوالة ، إذ الحوالة تحول الحق ، وانتقاله ، ولا حق هاهنا يتحول ، وإنما جاز التوكيل بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى معنى ، وهو تحول المطالبة من الموكل إلى الوكيل ، كتحولها من المحيل إلى المحتال .

فصل: الشرط الثاني– تماثل الحقين ، لأنها تحويل الحق ، فيعتبر تحوله على صفته، ويعتبر التماثل فى ثلاثة أشياء: الجنس، فلو أحال من عليه أحد النقدين بالآخر، لم يصح . والصفة، فلو أحال عن المصرية بأميرية ، أو عن المكسرة بصحاح، لم يصح. والحلول والتأجيل ، فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، أو أجل أحدهما مخالفاً لأجل الآخر ، لم يصح . وإن صحت الحوالة ، فتراضيا على خير مما أحيل به ، أو دونه، أو تعجيله ، أو تأخيره ، أو الاعتياض عنه ، جاز ، لأنه دين ثابت فجاز فيه ذلك كغير المحال بـه.

فصل : الشرط الثالث– أن تكون بمال معلوم على مال معلوم ، لأنه يعتبر فيها التسليم والتماثل، والجهالة تمنعها . فلا تصح فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت فى الذمة ، وإنما تجب قيمته بالإتلاف . وتصح فى كل ما يثبت مثله فى الذمة بالإتلاف ، من الأثمان والحبوب والأدهان ، وفيما يصح السلم فيه غير ذلك ، كالمذروع والمعدود وجهان: أحدهما– لا تصح الحوالة به ، لأن المثل لا يتحرر فيه ، ولهذا لا يضمن بمثله . والثاني– تصح، لأنه يثبت فى الذمة ، ويحتمل أن ينبني الحكم فيه على القرض ، إن قلنا يقضى فى هذا بمثله صحت الحوالة به ، لأنه يثبت فى الذمة بغير السلم ، وإلا فلا ، لأنه لا يثبت فى الذمة إلا بالسلم ، ولا تصح الحوالة فى السلم . وإن كان عليه إبل من قرض وله مثل ذلك على آخر ، صحت الحوالة بها ، لأنه إن ثبت فى الذمة مثلها صحت الحوالة ، وإن ثبت قيمتها فالحوالة بها صحيحة . وإن كان له إبل من دية ، فأحال بها على من له عليه مثلها ، من دية

أخرى ، صح، ويلزمه إعطاؤه أدنى ما يتناوله الاسم . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر، أنه لا يصح . وإن كان عليه إبل من الدية ، وله مثلها قرضاً ، فأحال بها ، ففيه وجهان: أحدهما- يصح ، لأن الخيرة في التسليم إلى المحيل، وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقترض ، والثاني- لا يصح ، لأن الواجب في القرض في إحدى الروايتين القيمة، فقد اختلف الجنس . وإن أحال المقترض من له الدية بها لم يصح، وجهاً واحداً، لأننا إن قلنا الواجب القيمة ، فالجنس مختلف ، وإن قلنا يجب المثل، فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته، والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك.

فصل : الشرط الرابع- أن يحيل برضاه ، لأن الحق عليه ، فلا يلزمه أداؤه من جهة بعينها ، ولا يعتبر رضى المحال عليه ، لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض ، فلزم المحال عليه الدفع إليه ، كما لو وكله في الاستيفاء منه . وأما المحتال ، فإن كان المحال عليه مليئاً ، وهو الموسر غير المماطل ، لم يعتبر رضاه ، لقول النبي ﷺ : «**إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**»[1] ، ولأن للمحيل إيفاء الحق بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحال عليه مقامه في الإيفاء ، فلم يكن للمحتال الامتناع . وإن لم يكن مليئاً ، لم يلزمه ، أن يحتال للحديث. ولأن عليه ضرراً في قبولها ، فلم يلزمه. كما لو بذل له دون حقه في الصفة ، فإن رضي بها مع ذلك صحت. كما لو رضي بدون حقه .

فصل : إذا صحت الحوالة برئ المحيل من الدين ، لأنه قد تحول من ذمته، فإن تعذر الاستيفاء من المحال عليه، لموت أو فلس حادث، أو مطل، لم يرجع على المحيل كما لو أبرأه وإن كان مفلساً حين الحوالة، ولم يرض المحتال بالحوالة، فحقه باق على المحيل، لأنه لا يلزمه الاحتيال على مفلس، وإن رضي مع العلم بحاله لم يرجع لأن الذمة برئت من الحق فلم تعد إلى الشغل كما لو كان مليئاً، وإن رضي مع الجهل بحاله، ففيه روايتان: إحداهما- لا يرجع، لذلك. والثانية- يرجع، لأن الفلس عيب في المحال عليه، فكان له الرجوع كما لو اشترى معيباً ثم علم عيبه. وإن شرط ملاءة المحال عليه، فله شرطه، لقول

(١) سبق تخريجه (٢/١٢٠).

النبي ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»[1] رواه أبو داود، وفيه: «المسلمون» ولأنه شرط شرطاً مقصوداً فإذا بان خلافه ملك الرد. كما لو شرطه في المبيع.

فصل: إذا اشترى عبداً فأحال البائع بثمنه أو أحال البائع عليه بثمنه فبان حراً أو مستحقاً فالحوالة باطلة لأن البيع باطل، ولا دين على المشترى يحيل به أو بحال عليه، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على ذلك، وكذبهما المحتال، لم يسمع قولهما، كما لو باعا عبداً ثم أقرا بحريته ولا يسمع لهما بينة، لأنهما أكذباها بدخولهما في البيع، وإن أقامها العبد سمعت، وبطلت الحوالة. وإن صدقهما المحتال في حرية العبد، وادعى أن الحوالة بدين آخر فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل صحة الحوالة فكان صدقه أظهر فإن أقاما بينة بذلك سمعت لأنهما لم يكذباها.

فصل: وإن اشترى عبداً وأحال البائع بثمنه، ثم وجده معيباً فرده قبل قبض المحتال من المحال عليه، بطلت الحوالة، لأنها بالثمن وقد سقط بالفسخ، ذكره القاضي. ويحتمل أن لا تبطل، لأن المشترى نقل حقه إلى ما في ذمة المحال عليه، فلم يبطل بالفسخ، كما لو أعطاه عن الثمن ثوباً، ثم فسخ العقد، لم يرجع في الثوب. وإن كان الرد بعد قبض المحتال، لم تبطل، لأن ذمة المحال عليه برئت بالقبض منه، ويرجع المشترى على البائع. وإن اشترى عبداً فأحال البائع عليه أجنبياً بالثمن، فرده المشترى بعيب، لم تبطل الحوالة، لأن ذمة المشترى برئت بالحوالة من البائع، فصار كأنه قبض منه، وتعلق به هاهنا حق غير المتعاقدين، وهو المحتال بخلاف التي قبلها، ويرجع المشترى على البائع بالثمن.

فصل: إذا أمر رجلاً بقبض دين له من غريمه، ثم اختلفا، فقال أحدهما: كانت وكالة بلفظها، وقال الآخر: كانت حوالة بلفظها، فالقول قول مدعى الوكالة، لأنه يدعى بقاء الحق على ما كان، وينكر انتقاله. وإن اتفقا على أنه قال: أحلتك بالألف، وقال أحدهما: كانت حوالة حقيقية، وقال الآخر: كانت

---

(١) سبق تخريجه (٢/٣٧).

وكالة بلفظ الحوالة ، ففيه وجهان: أحدهما- القول قول مدعي الوكالة لذلك . والثاني- القول قول مدعي الحوالة ، لأن الظاهر معه ، لموافقته الحقيقة ، ودعوى الآخر المجاز ، وإن قال : أحلتك بدينك ، فهي حوالة بكل حال .

فصل : إذا قال المدين لغريمه : قد أحلت بدينك فلاناً فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه . فإن أقام المدين بينة بذلك ، سمعت ليسقط عنه حق المحيل. فإن كانت بحالها ، فادعى أجنبي على المدين أن رب الدين أحاله به ، فأنكره فأقام الأجنبي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب ، لأن البينة يقضى بها على الغائب ، ولزم دفع الدين إليه ، فإن لم يكن له بينة ، فاعترف المدين له بصحة دعواه ، ففيه وجهان: أحدهما- يلزمه الدفع إليه، لاعترافه له بوجوب حقه عليه ، وانتقال دينه إليه ، فأشبه ما لو قامت به بينة . والثاني- لا يلزمه الدفع إليه ، لأنه لا يأمن إنكار المحيل ورجوعه عليه ، فكان له الاحتياط في تخليص نفسه ، كما لو ادعى الوكالة ، فإن دفعه إليه ، ثم أنكر المحيل الحوالة ، وحلف ورجع على المحال عليه ، فأخذ منه ، لم يرجع المحال عليه على المحتال ، لأنه معترف له أنه استوفى حقه ، وإنما المحيل ظلمه . وإن أنكر المدين الحوالة، انبنى على الوجهين ، إن قلنا ، يلزمه الدفع مع الإقرار ، لزمته اليمين على الإنكار، وتكون على العلم ، لأنها على نفي فعل الغير وإن قلنا : لا يلزمه الدفع مع الإقرار، لم يلزمه اليمين مع الإنكار ، لعدم فائدتها وليس للمحتال الرجوع على المحيل، لاعترافه ببراءة ذمته ، ويسأل المحيل ، فإن صدق المحتال ، ثبتت الحولة ، لأن رضى المحال عليه غير معتبر ، وإن كذبه ، حلف له ، وسقطت الحوالة . وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه ، واستوفى منه ، ثم أنكر المحيل الحوالة ، فله أن يستوفى من المحال عليه ، لأنه معترف له بالألف ، مدع أن المحتال ظلمه .

فصل : فإن كان عليه دين ، فادعى رجل أنه وكيل ربه في قبضه ، فصدقه ، لم يلزمه دفعه إليه لما ذكرنا في الحوالة، وإن أنكر ، لم يلزمه اليمين ، لأنه لا يلزمه الدفع

مع الإقرار ، فلم تلزمه اليمين مع الإنكار . فإن دفعه إليه ، فأنكر رب الدين الوكالة ، حلف ورجع على الدافع ، ثم يرجع الدافع على الوكيل ، إن لم يكن اعترف بصدقه، لأنه لم يثبت أنه وكيل ، وإن كان اعترف له ، لم يرجع عليه، لأنه اعترف بصحة دعواه ، وأن الموكل ظلمه ، فلم يرجع على غير ظالمه، وإن كان المدفوع وديعة، فوجدها ربها أخذها ، وإن تلفت فى يد الوكيل فلربها مطالبة من شاء منهما، فإن طالب الوكيل ، لم يرجع على أحد ، لأن التلف حصل فى يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن طالب المودع ، وكان قد اعترف بالوكالة ، لم يرجع على أحد لما ذكرناه فى الدين ، وإن لم يكن اعترف للوكيل رجع عليه .

فصل : فإن كان عند رجل دين أو وديعة ، فجاء رجل ، فادعى أنه وارث صاحبها ، وقد مات ولا وارث له سواه ، فصدقه ، لزمه الدفع إليه ، لأنه لا يخشى تبعة ، وإن كذبه ، فعليه اليمين أنه لا يعلم ذلك ، لأنه لزمه الدفع مع الإقرار ، فلزمته اليمين مع الإنكار .

فصل : فإن كان لرجل ألف على اثنين ، كل واحد منهما ضامن لصاحبه ، فأحاله أحدهما بها ، برئا منها ، لأن الحوالة كالتقبيض . وإن أحال صاحب الألف به على أحدهما ، صحت الحوالة ، لأنها مستقرة فى ذمة كل واحد منهما . وإن أحال عليهما جميعاً ، ليستوفى من كل واحد منهما نصفها ، صحت ، لأن ذلك للمحيل ، فملك الحوالة به ، وإن أحال عليهما ليستوفى من أيهما شاء ، صحت أيضاً، لأنه لا فضل فى نوع ولا عدد ولا أجل ، وإنما هو زيادة استيثاق ، فأشبه حوالة المعسر على المليء ، ولهذا لو أحالاه على واحد ، صح .



كتاب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه ، فإذا قال لرجل: أنا ضامن ما لك على فلان ، أو أنا به زعيم، أو كفيل، أو قبيل، أو حميل ، أو هو عليّ، صار ضامناً له ، وثبت في ذمته مع بقائه في ذمة المدين . ولصاحب الدين مطالبة من شاء منهما ، لقول الله تعالى: ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: ٧٢]. وقول النبي ﷺ «الزعيم غارم»[١] حديث حسن. وروى سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى برجل ليصلي عليه فقال: «هل عليه دين؟» قالوا: نعم، ديناران، قال: «هل ترك لهما وفاء؟» قالوا: لا. فقال: «ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة ، إلا إن قام أحدكم فضمنه» فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال: هما عليّ يا رسول الله ، فصلى عليه رسول الله ﷺ[٢]. رواه البخاري. ولا يبرأ المضمون عنه بمجرد الضمان في الحياة ، رواية واحدة. وفي الميت روايتان: إحداهما- يبرأ، لأن النبي ﷺ، صلى على الميت حين ضمنه أبو قتادة. والثانية- لا يبرأ، وهي أصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما، فقال: قد قضيتهما، فقال: «الآن بردت جلدته»[٣] رواه أحمد. ولأنه وثيقة بدين، فلم يسقطه كالرهن، وكحال الحياة. ومتى

---

(١) سبق تخريجه (١٤٣/٢) ضمن حديث «لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها» - الحديث وهذا اللفظ رواه ابن ماجه [٢٤٠٥].

(٢) رواه البخاري [٢٢٩١]، والنسائي (٥٢/٤)، وقد سبق تخريجه (٣٠٠/١)، من حديث أبي قتادة رضي الله عنه.

(٣) **حسن**. رواه أحمد (٣٣٠/٣) والطيالسي [١٦٧٣]، والدارقطني (٧٩/٣)، والحاكم (٥٨/٢)، والبيهقي (٧٤/٦) من طريق عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر رضي الله عنه به، وإسناده حسن عبد الله بن محمد بن عقيل صدوق في حديثه لين، كما في «التقريب». قال الهيثمي في «المجمع» (٣٩/٣): إسناده حسن.

برئ الغريم بأداء أو إبراء ، برئ الضامن لأنه تبع ، فزال بزوال أصله كالرهن . وإن أبرأ الضامن ، لم يبرأ المضمون عنه ، لأن الوثيقة انحلت من غير استيفاء ، فلم تسقط الدين كالرهن .

فصل : ولا يصح إلا من جائز التصرف ، فأما المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه ، فلا يصح ضمانه ، لأنه تبرع بالتزام مال ، فلم يصح منهم ، كالصدقة. وخرج بعض أصحابنا ضمان الصبى بإذن وليه ، على الروايتين فى صحة بيعه . وقال القاضى : يصح ضمان السفيه ، ويتبع به بعد فك حجره ، وهذا بعيد ، لأن الضمان مجرد ضرر وتضييع مال ، فلم يصح منهما كالعتق . ولا يصح ضمان العبد والمكاتب بغير إذن سيدهما ، لأنه التزام مال ، فلم يصح منهما بغير إذن كالنكاح . ويصح بإذنه ، لأن المنع لحقه ، فزال بإذنه ، ويؤديه المكاتب مما فى يده ، وهل يتعلق برقبة العبد أو بذمة سيده ؟ على وجهين .

فصل : ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ، لحديث أبى قتادة ﷺ. ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ، للخبر، ولا معرفة الضامن لهما ، لأنه لا يعتبر رضاهما فأشبها الأجانب ، ولأن النبى ﷺ ، لم يسأل أبا قتادة عن معرفتهما ، ويحتمل أن تعتبر معرفتهما ، ليؤدى إلى أحدهما ، ويرجع على الآخر بما غرم عنه، ويحتمل أن تعتبر معرفة المضمون له ، ليؤدى إليه ، ولا تعتبر معرفة المضمون عنه ، لعدم المعاملة بينه وبينه ، ولا يصح إلا برضى الضامن ، لأنه التزام مال ، فلم يصح من غير رضى الملتزم، كالنذر .

فصل : ويصح ضمان الدين اللازم ، لخبر أبى قتادة ﷺ، وضمان الجعل فى الجعالة، لقول الله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف:٧٢]. وضمان كل حق مالى لازم ، أو مآله إلى اللزوم ، كالثمن فى مدة الخيار وبعدها ، والأجرة والصداق قبل الدخول وبعده، وأرش الجناية نقداً وحيواناً ، لأنها حقوق مالية لازمة ، أو مآلها إلى اللزوم، فصح ضمانها كالدين والجعل. ويصح ضمان الأعيان المضمونة ، كالغصوب والعوارى ، لأنها مضمونة على من هى فى يده ، فأشبهت

الدين. ويصح ضمان عهدة المبيع عن كل واحد منهما لصاحبه ، وهو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب أو استحق أو وجد ذلك فى البيع ، غرمه الضامن ، لأن ذلك لازم، فإنه إنما يتعلق بالضامن حكم لعيب أو غصب ونحوهما، وهذا كان موجوداً حال الضمان ، فصح ضمانه كالدين . وإن استحق الرجوع لأمر حادث ، كتلف المبيع قبل قبضه ، أو أخذه بشفعة ، فلا شئ على الضامن . وإن ضمن البائع أو غيره للمشترى قيمة ما يحدثه من بناء أو غراس، أو ما يلزمه من أجرة إن خرج المبيع مستحقاً ، صح، ويرجع على الضامن بما لزمه من ذلك ، لأنه يستند إلى أمر وجودى. ويصح أن يضمن الضامن ضامن ثان ، لأن دينه ثابت ، فصح ضمانه كالأول ، ويصير الثانى فرعاً للضامن ، حكمه معه حكم الضامن مع الأصيل .

فصل : ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها ، لأنها غير مضمونة على من هى فى يده ، فكذلك على ضامنه ، وإن ضمن لصاحبها ما يلزم بالتعدى فيها، صح نص عليه أحمد ، لأنها تصير مضمونة على المضمون عنه ، ولا يصح ضمان مال الكتابة ، وعنه : يصح ، لأنه يجوز أن يضمن عنه دين آخر . والمذهب الأول ، لأن مال الكتابة غير لازم ، ولا يفضى إلى اللزوم ، ولأنه يملك تعجيز نفسه ، ولأن الضمان لتوثيق الحق ، وما لا يلزم لا يمكن توثيقه . وفى ضمان مال السلم روايتان: إحداهما- يصح ، لأنه دين لازم فأشبه القرض. والثانية- لا يصح ، لأنه يفضى إلى استيفائه من غير المسلم إليه ، فأشبه الحوالة به .

فصل : ويصح ضمان المعلوم والمجهول قبل وجوبه وبعده ، لقوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢]. وحمل البعير يختلف؛ فهو غير معلوم وقد ضمنه قبل وجوبه ، ولأنه التزام حق من غير معاوضة ، فأشبه النذر ، وإن قال : ألق متاعك فى البحر ، وعلىَّ ضمانه ، صح ، لأنه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح، فصح، كقوله : أعتق عبدك وعلىَّ ثمنه .

فصل : ويصح ضمان الحال مؤجلاً ، لأن الغريم يلزمه أداؤه فى جميع زمنه،

فجاز للضامن التزام ذلك في بعضه ، كبعض الدين . وإن ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه ، لأنه لا يلزم الأصيل ، فلا يلزم الضامن ، ويقع الضمان مؤجلاً على صفته في ذمة الضامن ، وإن ضمن الدين المؤجل، وقلنا : إن الدين يحل بالموت فمات أحدهما ، حل عليه الدين ، وبقي في ذمة الآخر إلى أجله . ولا يملك ورثة الضامن الرجوع على المضمون عنه قبل الأجل ، لأنه لم يحل .

فصل : وإذا قضى الضامن الدين بإذن المضمون عنه ، رجع عليه ، لأنه قضى دينه بإذنه ، فهو كوكيله . وإن ضمن بإذنه ، رجع عليه ، لأنه تضمن الإذن في الأداء، فأشبه ما لو أذن فيه صريحاً ، وإن ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه معتقداً للرجوع، ففيه روايتان: إحداهما– يرجع أيضاً؛ لأنه قضاء مبرئ من دين واجب لم يتبرع به، فكان على من هو عليه ، كما لو قضاه الحاكم عند امتناعه. والثانية– لا يرجع، لأنه تبرع فلم يرجع به ، كما لو بنى داره أو أعلف دابته بغير إذنه ، فإن اختلفا في الإذن ، فالقول قول من ينكره ، لأن الأصل عدمه .

فصل : ويرجع الضامن بأقل الأمرين مما قضى ، أو قدر الدين ، لأنه إن قضاه بأقل منه فإنما يرجع بما غرم ، وإن أدى أكثر منه ، فالزائد لا يجب أداؤه ، فقد تبرع به. وإن دفع عن الدين عرضاً ، رجع بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين ، وإن قضى المؤجل قبل أجله ، لم يرجع قبل الأجل ، لأنه تبرع بالتعجيل ، وإن أحال به الغريم ، رجع بأقل الأمرين مما أحال به أو دينه ، سواء قبض الغريم من المحال عليه أو لم يقبض ، لأن الحوالة كالتقبيض . وإن ضمن الضامن ضامن آخر ، فقضى الدين رجع على الضامن ، ثم رجع الضامن على المضمون عنه ، وإن قضاه الضامن ، رجع على الأصيل وحده ، وإن كان الأول ، ضمن بلا إذن ، والثاني ضمن بإذن ، رجع الثاني على الأول ، ولم يرجع الأول على أحد في إحدى الروايتين .

فصل : وإن ضمن بإذنه ، فطولب بالدين ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه، لأنه لزمه الأداء بأمره . ولا يملك المطالبة قبل ذلك ، لأنه لا يملك الرجوع قبل الغرامة ، فلا يملك المطالبة قبل أن يطالب . وإن ضمن بغير إذنه ، لم يملك المطالبة

به ، لأنه لا دين له ، ولا هو وكيل صاحب الدين ، ولا لزمه الأداء بإذن الغريم ، فأشبه الأجانب .

فصل : إذا دفع المضمون عنه قدر الدين إلى الضامن عوضاً عما يقضيه في الثاني ، لم يصح ، لأنه جعله عوضاً عما يجب عليه في الثاني فلم يصح، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده، ويكون ما قبضه مضموناً عليه، لأنه قبضه على وجه البدل ، فأشبه المقبوض ببيع فاسد. وفيه وجه آخر أنه يصح، لأن الرجوع بشيئين؛ ضمان وغرم ، فإذا وجد أحدهما، جاز تعجيل المال، كتعجيل الزكاة. فإن قضى الدين؛ استقر ملكه على ما قبض. وإن برئ قبل القضاء، وجب رد ما أخذ، كما يجب رد الثمن إذا لم يتم البيع.

فصل : إذا ادعى الضامن القضاء ، فأنكره المضمون له ، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل معه ، وله مطالبة من شاء منهما ، فإن استوفى من الضامن ، لم يرجع على المضمون عنه إلا بأحد القضائين ، لأنه يدعي أن المضمون له ظلمه بالأخذ الثاني ، فلا يرجع به على غيره . وفيما يرجع به وجهان: أحدهما- بالقضاء الأول، لأنه قضاء صحيح ، والثاني ظلم . والوجه الثاني- يرجع بالقضاء الثاني ، لأنه الذي أبرأ الذمة ظاهراً. فأما إن استوفى من المضمون عنه ، فهل للضامن الرجوع عليه ؟ ينظر ، فإن كذبه المضمون عنه في القضاء، لم يرجع ، لأنه لم يثبت صدقه ، وإن صدقه ، وكان قد فرط في القضاء، لم يرجع بشيء ، لأنه أذن له في قضاء مبرئ ولم يوجد ، وإن لم يفرط رجع. وسنذكر التفريط في الوكالة إن شاء الله تعالى. فإن اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه لم يلتفت إلى إنكاره ، لأن الدين حق للمضمون له، فإذا أقر بقبضه ، فقد أقر أنه صار للضامن . ولأنه ثبت القضاء بالإقرار ، فملك الرجوع به ، كما لو ثبت ببينة . وفيه وجه آخر : أن القول قول المضمون عنه لأنه منكر .



باب
الكفالة

تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور فى مجلس الحاكم بحق يصح ضمانه ، لأنه حق لازم؛ فصحت الكفالة به كالدين ، ولا تصح ببدن من عليه حد ولا قصاص لأنها تراد للاستيثاق بالحق ، وهذا مما يدرأ بالشبهات ، ولا تصح بالمكاتب ، لأنه لا يلزمه الحضور ، فلا يلزم غيره إحضاره كالأجانب. وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة ، كالغصوب والعوارى ، لأنه يصح ضمانها . ولا تصح فى الأمانات إلا بشرط التعدى فيها كضمانها سواء .

فصل : وإذا صحت الكفالة ، فتعذر إحضار المكفول به ، لزمه ما عليه ، لقول النبى ﷺ : **«الزعيم غارم»**[1] ، ولأنها أحد نوعى الكفالة ، فوجب الغرم بها كالضمان . فإن غاب المكفول به ، أمهل كفيله قدر ما يمضى إليه فيعيده ، لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلا بإمكان التسليم ، فإن مضى زمن الإمكان ، ولم يفعل ، لزمه ما عليه ، أوبذل العين التى كفل بها ، فإن مات ، أو تلفت العين بفعل الله تعالى ، سقطت الكفالة ، لأن الحضور سقط عن المكفول به، فبرئ كفيله ، كما يبرأ الضامن ببراءة المضمون عنه ، ويحتمل أن لا تسقط، ويطالب بما عليه . وإن سلم المكفول نفسه أو برئ من الحق بأداء، أو إبراء ، برئ كفيله ، لأن الحق سقط عن الأصيل ، فبرئ الكفيل كالضمان، وإن أبرأ الكفيل ، صح كما يصح إبراء الضامن ولا يبرأ المكفول به كالضمان. وإن قال رجل : أبرئ الكفيل ، وأنا كفيل بمن تكفل به، ففيه وجهان: أحدهما – يصح ، لأنه نقل الضمان إلى نفسه ، فصح ، كما لو

(١) سبق تخريجه (٢/١٦٠).

أحال الضامن المضمون له على آخر . والثاني– لا يصح، لأنه شرط في الكفالة أن يبرئ الكفيل ، وهو شرط فاسد ، فمنع صحة العقد .

فصل : وإذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو نفسه، أو بدنه أو وجهه ، صحت الكفالة له، وإن كفل ببعض جسده ، فقال القاضي : لا تصح، لأن ما لا يسرى إذا خص به بعض الجسد ، لم تصح كالبيع . وقال غيره : إن كفل بعضو لا تبقى الحياة بدونه ، كالرأس والقلب والظهر ، صحت ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون تسليم البدن فأشبه الوجه ، وإن كفل بغيرها ، كاليد والرجل ، ففيه وجهان: أحدهما– لا تصح ، لأن تسليمه بدون البدن ممكن . والثاني– تصح لأنه لا يمكن تسليمه على صفته، دون اليد ، فأشبه الوجه.

فصل : إذا علق الكفالة أو الضمان على شرط ، أو وقتهما ، فقال : أنا كفيل بفلان شهراً ، أو إن قدم الحاج ، أو زيد ، فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن ما عليه ، فقال القاضي : لا تصح ، لأنه إثبات حق لآدمي، فلم يجز ذلك فيه ، كالبيع . وقال أبو الخطاب والشريف أبو جعفر : يصح ، لأنه ضمان أو كفالة ، فصح تعليقه على شرط ، كضمان العهدة ، فعلى هذا لو قال : كفلت بفلان ، على أني إن جئت به وإلا أنا كفيل بفلان ، أو ضامن ما عليه ، صح فيهما عندهما ، ولم تصح عند القاضي ، لأن الأول مؤقت ، والثاني معلق على شرط .

فصل : وتصح الكفالة ببدن الكفيل ، كما يصح ضمان دين الضامن ، وتجوز حالة ومؤجلة كالضمان ، ولا يجوز إلى أجل مجهول ، لأنه حق لآدمي فلم يجز إلى أجل مجهول كالبيع ، وتجوز الكفالة مطلقة ومقيدة بالتسليم في مكان بعينه ، فإن أطلق ، ففي أي موضع أحضره وسلمه إليه على وجه لا ضرر عليه ، برئ . وإن كان عليه ضرر لم يبرأ بتسليمه ، وكذلك إذا سلمه قبل المحل ، قياساً على من سلم المسلم فيه قبل محله ، أو غير مكانه . وإن كفل واحد لاثنين ، فسلمه إلى أحدهما أو أبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر ، لأنه حق لاثنين فلم يبرأ بأداء حق أحدهما ،

كالضمان وإن كفل اثنان لرجل فأبرأ أحدهما ، لم يبرأ الآخر كما فى الضمان. وإن سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر ، لأنه برئ من غير استيفاء الحق ، فلم يبرأ صاحبه ، كما لو برئ بالإبراء ، ويحتمل أن يبرأ ، كما لو أدى أحد الضامنين الدين، وإن قال للكفيل والضامن: برئت مما كفلت به، لم يكن إقراراً بقبض الحق، لأنه قد يبرأ بغير ذلك.

فصل : إذا طولب الكفيل بإحضار المكفول به ، لزمه أن يحضر معه ، لأنه وكيل فى إحضاره ، وإن أراد إحضاره من غير طلب ، والكفالة بإذنه ، لزمه الحضور معه ، لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه ، فكان عليه تخليصه ، كما لو استعار عبده فرهنه ، وإن كفل بغير إذنه ، لم يلزمه الحضور معه ، لأنه لم يشغل ذمته ، ولا له قبله حق .

فصل : إذا كفل إنساناً أو ضمنه ، ثم قال : لم يكن عليه حق ، فالقول قول خصمه ، لأن ذلك لا يكون إلا بمن عليه حق ، فإقراره به إقرار بالحق ، وهل يلزم الخصم اليمين؟ فيه وجهان ، مضى توجيههما فيمن أقر بتقبيض الرهن ، ثم أنكره وطلب يمين المرتهن.



كتاب الوكالة

يصح التوكيل في الشراء، لقول الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: ٢٠]. ولما روى عروة ابن الجعد قال: أعطاني رسول الله ﷺ ديناراً أشترى به شاة أو أضحية[١]. ولأن الحاجة داعية إليها، فإنه لايمكن كل أحد شراء ما يحتاج إليه، فدعت الضرورة إليها. ويجوز في سائر عقود المعاملات، قياساً على الشراء، وفي تملك المباحات، كإحياء الموات والاصطياد، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز التوكيل فيه كالشراء. ويجوز في عقد النكاح، لأن النبي ﷺ وكّل عمرو بن أمية الضمري، يتزوج له أم حبيبة[٢]. ويجوز في الطلاق والعتاق والخلع والرجعة، لأنها في معنى النكاح. ويجوز في إثبات الأموال والحكومة فيها، حاضراً كان الموكل أو غائبا لما روى أن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه، وقال: ما قضى عليه فعلي، وما قضى له فلي.[٣] ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال: إن للخصومة قحماً[٤] يعني: مهالك، وهذه قضايا في مظنة الشهرة، ولم تنكر فكانت إجماعاً، ولأن

(١) سبق تخريجه (١٨/٢).

(٢) **ضعيف.** رواه الحاكم (٢٢/٤)، وابن سعد في «الطبقات» (٧٣/٦) من طريق محمد بن عمر الواقدي، عن إسحاق بن محمد، عن جعفر بن محمد بن علي، عن أبيه مرفوعاً. وإسناده ضعيف مرسل؛ فيه محمد بن عمر الواقدي وهو متروك، كما في «التقريب»، ورواه البيهقي (١٣٩/٧) بإسناد مرسل أيضاً.

(٣) **ضعيف.** رواه البيهقي (٨١/٦) من طريق محمد بن إسحق، عن جهم بن أبي الجهم، عن عبد الله ابن جعفر قال: كان علي بن أبي طالب يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل ابن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني. وإسناده ضعيف؛ فيه جهم بن أبي الجهم وهو مجهول لا يعرف، كما في «الميزان» ومحمد بن إسحق صدوق يدلس وقد عنعن.

(٤) **ضعيف.** رواه البيهقي (٨١/٦) من طريق ابن إسحق عن رجل من أهل المدينة يقال له جهم عن علي رضي الله عنه به، وإسناده ضعيف كما في الحديث السابق.

الحاجة تدعو إلى ذلك ، بأن يكون له حق ، أو يدعى عليه ، ولا يحسن الخصومة أولا يحب حضورها . ويجوز التوكيل فى الإقرار ، لأنه إثبات حق ، فأشبه البيع . ويجوز فى إثبات القصاص ، وحد القذف ، واستيفائهما فى حضرة الموكل وغيبته ، لأنه حق آدمى أشبه المال . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز استيفاؤهما فى غيبته ، وقد أومأ إليه أحمد لأنه يجوز أن يعفو الموكل ، فيكون ذلك شبهة . ويجوز التوكيل فى حقوق الله تعالى المالية لأن النبى ﷺ ، بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها ، وفى إثبات الحدود واستيفائها ، لأن النبى ﷺ قال : **«واغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها»**[1] ، ولا يجوز فى العبادات البدنية ، لأن المقصود فعلها ببدنه، فلا يحصل من فعل غيره إلا فى الحج، لما سبق فى بابه .

فصل : ولا تجوز فى الأيمان والنذور، لأنها تتعلق بعين الحالف ، فلا تدخلها النيابة ، ولا فى الإيلاء واللعان والقسامة ، لأنها أيمان ، ولافى الشهادة لأن غيره لا يقوم مقامه فى مشاهدته ، ولا فى الاغتنام لأنه يتعلق بالحضور ، فإذا حضر النائب كان السهم له ، ولا فى الالتقاط ، لأنه بأخذه يصير للملتقط .

فصل : ولا يصح التوكيل فى شئ ممن لا يصح تصرفه فيه، لأن من لا يملك التصرف بنفسه ، فبنائبه أولى . فلا يصح توكيل طفل ولا مجنون ولا سفيه لذلك ، ولا توكيل المرأة فى النكاح ، ولا الفاسق فى تزويج ابنته ، ولا المسلم للذمى فى شراء خمر لذلك . فأما من يتصرف بالإذن ، كالعبد والصبى والوكيل ، فإن أذن لهم فى التوكيل ، جاز ، وإن نهوا عنه ، لم يجز ، وإن أطلق لهم الإذن فلهم التوكيل فيما لا يتولون مثله بأنفسهم ، أو يعجزون عنه لكثرته ، لأن تفويضه إليهم مع العلم بهذا ، إذن فى التوكيل . وفيما سوى ذلك روايتان: أحدهما– لا يجوز لهم التوكيل ، لأنهم يتصرفون بالإذن ، فاختص بما أذن فيه ، ولم يؤذن فى التوكيل . والثانية–

(١) رواه البخارى [٢٣١٥]، ومسلم [١٦٩٨]، وأبو داود [٤٤٤٥]، والترمذى [٢٤٣٣]، والنسائى (٢١٢/٨)، وابن ماجه [٢٥٤٩]، وأحمد (١١٥/٤)، من حديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى ﷺ .

تجوز ، لأنهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنيابتهم، كالمالك الرشيد . فإن قال لوكيله : اصنع ما شئت ، ملك التوكيل ، لأنه مما يشاء . وولي اليتيم كالوكيل فيما ذكرناه، ويملك الولي في النكاح التوكيل فيه من غير إذن المرأة ، لأن ولايته من غير جهتها ، فلم يعتبر إذنها في توكيله كالأب. وخرج القاضي غير ولاية الإجبار على الروايتين في الوكيل ، والفرق بينهما ظاهر .

فصل : ومن ملك التصرف لنفسه ، جاز له أن يتوكل فيه ، ومن لا فلا . فيجوز توكيل الفاسق في قبول النكاح ، ولا يجوز في الإيجاب ، لأنه يجوز أن يقبل النكاح لنفسه . وقال القاضي : لا يجوز فيهما ، لأن من لا يجوز أن يكون وكيلاً في إيجابه لا يكون وكيلاً في قبوله كالمرأة ويجوز توكيل المرأة في الطلاق ، لأنه يجوز توكيلها في طلاق نفسها ، فجاز في غيرها . ولا يجوز للعبد والمكاتب التوكل إلا بإذن سيدهما ، ولا الصبي إلا بإذن وليه ، وإن كان مأذوناً له في التجارة ، لأن التوكيل ليس من التجارة ، فلا يحصل الإذن فيه بالإذن فيها .

فصل : وتصح الوكالة بكل لفظ دل على الإذن ، وبكل قول أو فعل دل على القبول ، مثل أن يأذن له في بيع شيء فيبيعه . ويجوز القبول على الفور والتراخي ، نحو أن يبلغه أن فلاناً وكله منذ عام ، فيقول : قبلت ، لأنه إذن في التصرف ، فجاز ذلك فيه ، كالإذن في الطعام . ويجوز تعليقها على شرط ، نحو أن يقول : إذا قدم الحاج ، فأنت وكيلي في كذا ، أو فبع ثوبي .

فصل : ولا تصح إلا في تصرف معلوم ، فإن وكله في كل كثير وقليل ، لم تصح ، لأنه يدخل فيه كل شيء ، فيعظم الغرر . وإن وكله في بيع ماله كله ، أو ماشاء منه ، أو قبض ديونه كلها، أو الإبراء منها، أو ما شاء منها، صح لأنه يعرف ماله ودينه ، فيعرف أقصى ما يبيع ويقبض ، فيقل الغرر . وإن قال: اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت ، فقال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن ، لأن ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه الغرر . وإن قدر له أكثر الثمن وأقله ، صح ، لأنه يقل الغرر، وقال القاضي : إذا ذكر النوع ، لم يحتج إلى تقدير الثمن ، لأنه قد أذن

في أعلاه . وقد روى عن أحمد فيمن قال : ما اشتريت من شئ فهو بيننا ، أن هذا جائز ، وأعجبه . وهذا توكيل في شراء كل شئ ، ولأنه إذن في التصرف ، فجاز من غير تعيين ، كالإذن في التجارة .

فصل : ولا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقاً أو عرفاً ، لأن تصرفه بالإذن ، فاختص ما تناوله الإذن ، فإذا وكله في الخصومة ، لم يملك الإقرار ولا الإبراء ولا الصلح، لأن إذنه لا يقتضى شيئاً من ذلك . وإن وكله في تثبيت حق، لم يملك قبضه ، لأنه لم يتناوله النطق ولا العرف ، فإنه قد يرضى للتثبيت من لا يأمنه في القبض . وإن وكله في القبض ، فهل يملك تثبيته ؟ فيه وجهان: أحدهما— يملكه ، لأنه طريق القبض ، فكان التوكيل في القبض توكيلاً فيه . والثاني— لا يملكه، لما ذكرنا في التي قبلها . وإن وكله في البيع ، لم يملك الإبراء من ثمنه ، ويملك تسليم المبيع ، لأن العرف يتناوله ، ولأنه من تمام العقد وحقوقه ، ولا يتهم فيه ، ولا يملك قبض الثمن ، لأن اللفظ لا يتناوله ، وقد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض ، إلا أن تقتضيه الحال ، بأن يكون بحيث لو تركه ضاع .

فصل : فإن وكله في البيع في وقت ، لم يملكه قبله ، ولا بعده ، لأنه قد يختص غرضه به في زمن لحاجته فيه . وإن وكله في بيعه لرجل ، لم يملك بيعه لغيره ، لأنه قد يقصد نفعه ، أو نفع المبيع بإيصاله إليه . وإن وكله في بيعه في مكان الثمن فيه أكثر وأجود، لم يملكه في غيره ، لأنه يفوت غرضه . وإن تساوت الأمكنة، أو قدر له الثمن، ملك ذلك ، لأن الغرض فيهما واحد ، فالإذن في أحدهما إذن في الآخر . وإن وكله في بيع فاسد ، لم يملكه ، لأنه منهى عنه ، ولا يملك الصحيح ، لأنه لم يأذن له فيه . وإن قدر له الثمن في البيع ، لم يملك البيع بأقل منه ، لأنه لم يأذن فيه نطقاً ولا عرفاً ، ويملك البيع بأكثر منه ، سواء كانت الزيادة من جنس الثمن أو غيره ، لأنه مأذون فيه عرفاً ، لأنها تنفعه ولا تضره . وإن باع بعضه بدون ثمن جميعه ، لم يجز ، وإن باعه بجميعه ، صح ، لما ذكرناه . وله بيع باقيه لأنه أذن فيه ، ويحتمل أن لا يملكه ، لأنه حصل غرضه ببيع بعضه ، فلا

يبقى الإذن في باقيه . وإن وكله في شراء شئ ، لم يملك شراء بعضه ، لأن اللفظ لا يقتضيه . وإن قال له : بعه بمائة درهم ، فباعه بعرض يساوى أكثر منها ، لم يجز لأنه لم يأذن فيه نطقاً ولا عرفاً . وإن باعه بمائة دينار ، أو بتسعين درهماً وعشرة دنانير، ففيه وجهان: أحدهما- لا ينفذ ، لأنه خالفه في الجنس ، كالتي قبلها . والثاني- ينفذ ، لأنه مأذون فيه عرفاً؛ لأنه يرضى وزن الدينار مكان الدرهم عرفاً . وإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ، ملك ذلك صفقة واحدة وصفقات ، لأن العرف جار بكلا الأمرين . وإن أمره بصفقة واحدة ، لم يملك التفريق. وإن اشتراهم صفقة واحدة من رجلين جاز ، لأن الصفقة من جهته واحدة .

فصل : وإن وكله في البيع وأطلق ، لم يملك البيع بأقل من ثمن المثل ، لأن إذنه يقيد بذلك عرفاً ، لكون غير ذلك تضييعاً لماله ، وهو لا يرضاه . ولو حضر من يطلبه بأكثر من ثمن المثل ، لم يجز بيعه بثمن المثل ، لأنه تضييع لمال أمكن تحصيله ، وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار ، لم يلزمه الفسخ ، لأنها زيادة منهى عنها ، ولا يأمن رجوع صاحبها عنها ، وإن باع بأقل من ثمن المثل أو بأقل مما قدر له ، فعنه : البيع باطل ، لأنه غير مأذون فيه ، وعنه : يصح ، ويضمن الوكيل النقص ، لأنه فوته ، ويصح البيع لأن الضرر يزول بالتضمين . ولا عبرة بما يتغابن الناس به ، كدرهم في عشرة ، لأنه لا يمكن التحرز منه . وهل يلزم الوكيل جميع النقص أم ما بين ما يتغابن الناس به ، وما لا يتغابنون به ؟ على وجهين . وكل موضع قلنا لا يملك البيع والشراء ، فحكمه فيه حكم الأجنبى ، وقد ذكرناه ، لأن هذا غير مأذون فيه .

فصل : وإن وكله في الشراء وأطلق ، لم يجز أن يشترى بأكثر من ثمن المثل، لما ذكرنا ، وإن اشترى بأقل من ثمن المثل ، أو أقل مما قدر له ، صح ، لأنه مأذون فيه عرفاً فإن قال : لا تشتره بأقل من مائة لم يملك مخالفته ، لأن نصه مقدم على دلالة العرف . وإن قال : اشتره بمائة ، ولا تشتره بخمسين ، فله شراؤه بما فوق الخمسين ، لأنه باق على دلالة العرف . وإن قال : اشتر لى عبداً، وصفه، بمائة،

فاشتراه بدونها جاز ، وإن خالف الصفة ، لم يلزم الموكل . وإن لم يصفه ، فاشترى عبداً يساوى مائة بأقل منها ، جاز ، وإن لم يساو المائة ، لم يلزم الموكل ، وإن ساوى ما اشتراه به ، لأنه خالف غرضه . وإن قال : اشتر لى شاة بدينار ، فاشترى شاتين تساوى إحداهما ديناراً ، صح ، لحديث عروة ﷺ[1] ، ولأنه ممتثل للأمر بأحدهما ، والثانية زيادة نفع ، وإن لم تساو ديناراً ، لم يصح . وإن باع الوكيل شاة ، وبقيت التى تساوى ديناراً ، فظاهر كلام أحمد صحته ، لحديث عروة . ولأنه وفى بغرضه فأشبه إذا زاد على ثمن المثل .

فصل : وإن وكله فى الشراء نسيئة ، فاشترى نقداً ، لم يلزم الموكل ، لأنه لم يؤذن له فيه . وإن وكله فى الشراء بنقد ، فاشترى بنسيئة أكثر من ثمن النقد ، لم يجز لذلك ، وإن كان بمثل ثمن النقد ، وكان فيه ضرر ، مثل أن يستضر بحفظ ثمنه ، فكذلك، وإن لم يستضر، لزمه ، لأنه زاده خيراً . وإن أذن له فى البيع بنقد لم يملك بيعه نسيئة ، وإن أذن له فى البيع نسيئة ، فباع بنقد ، فهى كمسألة الشراء سواء . وإن عين له نقداً ، لم يبع إلا به ، وإن أطلق ، لم يبع إلا بنقد البلد ، لأن الإطلاق ينصرف إليه . فإن كان فيه نقدان ، باع بأعلاهما . وإن قدر له أجلاً ، لم تجز الزيادة عليه ، لأنه لم يرض بها . وإن أطلق الأجل ، جاز ، وحمل على العرف فى مثله ، لأن مطلق الوكالة تحمل على المتعارف ، ولا يملك الوكيل فى البيع والشراء شرط الخيار للعاقد معه ، لأنه لاحظ للموكل فيه ، وله شرط الخيار لنفسه ولموكله ، لأنه احتياط له .

فصل : وإن قال : اشتر لى بعين هذا، فاشترى فى ذمته، لم يقع للموكل، لأنه لم يرض بالتزام شئ فى ذمته، فلم يجز إلزامه. وإن قال: اشتر لى فى ذمتك، ثم انقد هذا، فاشتراه بعينه، صح للموكل، لأنه أمره بعقد يلزمه به دينار مع بقاء الدينار وتلفه، فعقد له عقداً لا يلزمه، فزاده خيراً، ويحتمل أن لا تصح، لأنه أراد عقداً لا

---

(١) سبق تخريجه (١٨/٢) .

يبطل باستحقاقه، ولا تلفه فتفوت ذلك. وإن أطلق، فله الأمران، لأن العرف جار بهما.

فصل: وإن وكله في شراء موصوف، لم يجز أن يشتري معيباً، لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة، ولذلك يرد بالعيب. فإن اشترى معيباً يعلم عيبه، لم يقع للموكل لأنه مخالف له، وإن لم يعلم، فالبيع صحيح، كما لو اشترى لنفسه، فإن علم الموكل فرضي به، فليس للوكيل رده، لأن الرد لحقه، فسقط برضاه، وللوكيل الرد قبل علمه، لأنها ظلامة حصلت بعقده، فملك دفعها، كالمشتري لنفسه. ولا يلزمه التأخير، لأنه حق تعجل له، وله أن يرضى به، ويسقط خياره. فإذا حضر الموكل، فرضي به، استقر العقد. فإن اختار الرد، فله ذلك، لأن الشراء له، ولم يرض بالعيب. فإن أنكر البائع كون الشراء للموكل، فالقول قوله، ويرد المبيع على الوكيل في أحد الوجهين، لأنه ابتاع المعيب، ومنعه الرد لرضاه بعيبه. والثاني- ليس له الرد عليه، لأنه غر البائع، وللمشتري أرش العيب، لأنه فات الرد به من غير رضاه. فإن تعذر ذلك من البائع، لزم الوكيل، لأنه ألزمه المبيع. وإن قال البائع: موكلك قد علم بالعيب فرضي به، فالقول قول الوكيل مع يمينه، أنه لا يعلم ذلك، لأن الأصل عدمه، وإن قال: أخر الرد حتى تعلم موكلك، لم يلزمه التأخير. فإن أخره، وقلنا: الرد على الفور لم يسقط خياره، ذكره القاضي، لأنه لم يرض به، ويحتمل أن يسقط لتركه الرد مع إمكانه، فإن رده، فقال الموكل: قد كنت رضيته معيباً، فصدقه البائع، انبنى على عزل الوكيل قبل علمه، لأن هذا كذلك، وإن أنكره البائع، فالقول قوله، أنه لا يعلم ذلك. فإن وكله في شراء شيء عينه، فاشتراه فوجده معيباً ففيه وجهان: أحدهما- يملك الرد، لأنه معيب لم يرض به العاقد. والثاني- لا يملكه بغير رضى الموكل، لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين. فإن قلنا: يملكه، فحكمه حكم غير المعين.

فصل: إذا وكله في قبض حقه من زيد، فمات زيد، لم يملك القبض من وارثه لأنه لم يتناوله إذنه نطقاً لأنهم غيره، ولا عرفاً، لأنه قد يرضى بقاء حقه عندهم دونه. وإن قال: اقبض حقي الذي قبل زيد، فله القبض من وارثه، لأن لفظه يتناول

قبض الحق من غير تعرض للمقبوض منه. وإن وكل وكيلين في تصرف، لم يكن لأحدهما الانفراد به، لأنه لم يرض بأحدهما. وإن وكله في قضاء دين تقيد بالإشهاد، لأنه لا يحصل الاحتياط إلا به، فإن قضاه بغير بينة، فأنكر الغريم، ضمن لتفريطه. وإن أشهد بينة عادلة، فماتت أو غابت، لم يضمن، لأنه لا تفريط منه. وإن قضاه بحضرة الموكل من غير إشهاد، ففيه وجهان: أحدهما– يضمن، لأنه ترك التحفظ. والثاني– لا يضمن، لأنه إذا كان المؤدى عنه حاضراً، فهو التارك للتحفظ. وإن قضاه ببينة مختلف فيها، ففيه وجهان: أحدهما– يضمن، لأنه ترك التحفظ. والثاني– لا يضمن، لأنها بينة شرعية، أشبهت المجمع عليها.

فصل: وإذا اشترى لموكله، ثبت الملك للموكل، لأنه قبل العقد لغيره، فوجب أن ينتقل الملك إلى ذلك الغير، كما لو تزوج لغيره. ويثبت الثمن في ذمته أصلاً، وفي ذمة الوكيل تبعاً. وللمالك مطالبة من شاء منهما، كالضمان في أحد الوجهين، وفي الآخر لا يثبت إلا في ذمة الموكل، وليس له مطالبة غيره. فإن دفع الثمن فوجد به البائع عيباً، فرده على الوكيل، فتلف في يده، فلا شيء عليه، لأنه أمين، وللبائع المطالبة بالثمن، لأنه دين له، فأشبه سائر ديونه، وللوكيل المطالبة به لأنه نائب للمالك فيه.

فصل: والوكالة عقد جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخها، لأنه إذن في التصرف، فملك كل واحد منهما إبطاله، كالإذن في أكل طعامه. وإن أذن لوكيله في توكيل آخر، فهما وكيلان للموكل، لا ينعزل أحدهما بعزل الآخر، ولا يملك الأول عزل الثاني، لأنه ليس بوكيله. وإن أذن له في توكيله عن نفسه، فالثاني وكيل الوكيل ينعزل ببطلان وكالة الأول وعزله له، لأنه فرعه فثبت فيه ذلك كالوكيل مع موكله. وللموكل عزله وحده، لأنه متصرف له فملك عزله كالأول.

فصل: وإن خرج الموكل عن أهلية التصرف، لموت، أو جنون، أو حجر، أو فسق، في ولاية النكاح، بطلت الوكالة، لأنه فرعه، فيزول بزوال أصله. فإن وجد

ذلك أو عزل الوكيل ، فهل ينعزل قبل علمه ؟ على روايتان: إحداهما- ينعزل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه ، فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق. والثانية- لا ينعزل لأنه أمر فلايسقط قبل علمه بالنهى ، كأمر الشارع . وإن أزال الموكل ملكه عما وكله فيه ، بإعتاق أو بيع أو طلاق التى وكله فى طلاقها ، بطلت الوكالة ، لأنه أبطل محليته . وإن وطئ الزوجة ، أو دبَّر العبد أو كاتبه ، بطلت الوكالة ، لأن ذلك يدل على رجوعه ، إذ لا يجتمع مقصود هذه التصرفات مع البيع ، والوطء يدل على رغبته فى زوجته . وإن وكله فى الشراء بدينار فتلف ، بطلت الوكالة ، فإن تلف بتفريط فغرمه هو أو غيره ، لم يملك الشراء ببدله ، لأن الوكالة بطلت بتلفه .

فصل : ولا تبطل بالنوم والسكر والإغماء ، لأنه لا تثبت الولاية عليه ، ولا بالردة لأنها لا تمنع ابتداء وكالته ، فلا تمنع استدامتها ، ولا بالتعدى فيما وكل فيه كلبس الثوب ، وركوب الدابة ، لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً . فإذا بطلت الأمانة ، بقى التصرف، كالرهن المتضمن وثيقة وأمانة . وإن وكله فى بيع عبد ، ثم باعه المالك بيعاً فاسداً ، لم تبطل الوكالة ، لأن ملكه فيه لم يزل ، ولا يؤول إلى الزوال وإن وكل زوجته ثم طلقها ، لم تنعزل ، لأن الطلاق لا ينافى الوكالة ، ولا يمنع ابتداءها . وإن وكل عبده ثم أعتقه ، أو باعه ، فكذلك . ويحتمل أن ينعزل ، لأن أمره لعبده استخدام ، وليس بتوكيل فى الحقيقة .

فصل : ويجوز التوكيل بجعل ، لأنه تصرف لغيره لا يلزمه ، فجاز أخذ العوض عنه، كرد الآبق . وإذا وكله فى البيع بجعل فباع ، استحق الجعل قبل قبض الثمن، لأن البيع يتحقق قبل قبضه . فإن قال فى التوكيل : فإذا سلمت إلى الثمن ، فلك كذا ، وقف استحقاقه على التسليم إليه ، لاشتراطه إياه . وإن قال : بع هذا بعشرة ، فما زاد فهو لك ، صح، وله الزيادة ، لأن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً [1] .

(١) **إسناده صحيح.** رواه ابن أبى شيبة (١٠٥/٦)، وعبد الرزاق [١٥٠٢٠]، والبيهقى (١٢١/٦)، من =

فصل : وليس للوكيل في بيع شئ بيعه لنفسه ، ولا للوكيل في الشراء أن يشترى من نفسه ، لأن العرف في العقد أن يعقد مع غيره فحمل التوكيل عليه ولأنه تلحقه تهمة ويتنافى الغرضان ، فلم يجز كما لو نهاه . وعنه : يجوز ، لأنه امتثل أمره، وحصل غرضه ، فصح كما لو باع أجنبياً . وإنما يصح بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء ، ويتولى النداء غيره لتنتفى التهمة .

قال القاضي : ويحتمل أن لا يشترط ذلك. وكذلك الحكم في بيعه لوكيله ، أو طفل يلى عليه أو ولده أو والده ، أو مكاتبه أو تزويجه لابنته إذا وكله أن يتزوج له ، لأنه يتهم في حقهم، ويترك الاستقصاء عليهم . وإن أذن له الموكل في هذا جاز لانتفاء التهمة مع صريح الإذن . فإن وكله رجل في بيع عبده ، ووكله آخر في شرائه ، فله أن يتولى طرفى العقد ، كما يجوز للأب ذلك في حق ولده الصغير .

فصل : وإذا وكل عبداً في شراء عبد من سيده ، جاز ، لأنه يجوز أن يشترى من غير سيده ، فجاز منه كالأجنبي . وإن وكله في شراء نفسه، جاز لأنه يجوز أن يشترى غيره ، فجاز أن يشترى نفسه ، كالأجنبي، فإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك ، عتق لإقرار سيده بحريته ، والقول قول السيد في الثمن، لأن الظاهر فيمن باشر العقد أنه له ، ولو وكله سيده في إعتاق نفسه، أو وكل غريمه في إبراء نفسه ، صح ، لأنه وكله في إسقاط حق نفسه ، فجاز كتوكيل الزوجة في طلاقها . وإن وكل غريمه في إبراء غرمائه ، لم يملك إبراء نفسه ، كما لو وكله في حبسهم لم يملك حبس نفسه ، وإن وكله في تفرقة صدقته ، لم يملك صرفها إلى نفسه ، لأنه مأمور بإعطاء غيره ، قال أصحابنا : ولا يملك إعطاء ولده ووالده ، لأنهم كنفسه ، ويحتمل جواز ذلك ، لأن لفظه يعمهم ، ولا قرينة تخرجهم .

فصل : والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف تحت يده بغير تفريط ، بجعل

= طريق هشيم بن بشير، عن عمرو بن دينار، عن عطاء، عن ابن عباس ﷺ أنه كان لا يرى بأساً أن يعطى الرجل الثوب فيقول: بعه بكذا وكذا فما ازددت فلك. وإسناده صحيح رجاله ثقات.

وبغير جعل ، لأنه نائب المالك ، أشبه المودع ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف وعدم تفريط ، وجناية لذلك ، والقول قوله في الرد ، إن كان متطوعاً ، لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فهو كالمودَع ، وإن كان بجعل ، ففيه وجهان: أحدهما- يقبل قوله ، لأنه أمين أشبه المودع . والثاني- لا يقبل ، لأنه قبضه لنفع نفسه ، أشبه المستعير . وإن قال : بعت وقبضت الثمن ، فتلف في يدى ففيه وجهان، ذكرناهما في الرهن . وإن اختلفا في أصل الوكالة ، فالقول قول من ينكرها ، لأن الأصل عدمها . وإن اختلفا في دفع المال إلى الوكيل ، فالقول قوله لذلك ، فإن أنكره ، ثم اعترف به ، ثم ادعى تلفه أو رده ، لم يقبل ، لأن جنايته تثبت بجحده ، وكذلك الحكم في المودع . وإن أقام بدعواه بينة ، ففيه وجهان: أحدهما- تقبل ، لأنها شهدت بما لو أقر به لثبتت ، فقبلت، كما لو لم ينكر . والثاني- لا تقبل ، لأنه مكذب لها بجحده ، فإن كان جحوده : أنك لا تستحق على شيئاً ، سمع قوله في الرد والتلف ، لأنه لم ينكر القبض ، فيجوز أن يريد : لا تستحق على شيئاً لتلفه أو رده. وإن اختلفا في صفة الوكالة ، فقال : وكلتنى في بيع هذا ، فقال : بل في بيع هذا ، أو قال : وكلتني في بيعه بعشرين ، قال : بل بثلاثين ، أو قال : وكلتني في بيعه نسيئة قال : بل نقداً ، فالقول قول الموكل ، لأنه منكر للعقد الذى يدعيه الوكيل ، فأشبه ما لو أنكر أصل الوكالة ، ولأنهما اختلفا في صفة قول الموكل ، فكان القول قوله ، كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق . ونص أحمد في المضارب على أن القول قوله ، والوكيل في معناه ، لأنه أمين في التصرف ، فكان القول قوله في صفته ، كما لو اختلفا في بيع الثوب المأذون في بيعه . وإن قال : اشتريت لك هذا بعشرة قال : بل بخمسة، فالحكم فيه كذلك . وإن قال : اشتريت هذه الجارية لك بإذنك بعشرة، فأنكر الإذن في شرائها ، فالقول قول الموكل ، فيحلف ويبطل البيع إن كان بعين المال ، ويرد الجارية على البائع إن صدق الوكيل في أنه وكيل ، وإن أنكر أن الشراء لغيره ، فالقول قوله ، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ، وتبقى الجارية في يده ، ولا تحل له ، لأنها ليست ملكاً له ، فإن أراد استحلالها ، اشتراها ممن هي له في الباطن ، فإن أبى بيعها استحب للحاكم أن يرفق

به ، ليبيعه إياها ، ولا يجبر ، لأنه عقد مراضاة ، فإن أبى فقد حصلت في يده لغيره وله في ذمة صاحبها ثمنها ، فأقرب الوجوه فيها أن يأذن الحاكم له في بيعها ، ويوفيه حقه من ثمنها ، لأن الحاكم باعها في وفاء دينه ، فإن قال صاحبها : إن كانت لي ، فقد بعتكها بعشرين ، فقال القاضي : لا يصح ، لأنه بيع معلق على شرط . ويحتمل أن يصح ، لأن هذا شرط واقع يعلمانه ، فلا يضر جعله شرطاً ، كما لوقال: إن كانت جارية فقد بعتكها .

فصل : فإن قال: تزوجت لك فلانة بإذنك، وصدقته المرأة، وأنكره، فالقول قول المنكر، لأن الأصل معه ولا يستحلف، لأن الوكيل يدعى حقاً لغيره. فإن ادعته المرأة، استحلف، لأنها تدعى صداقها عليه فإن حلف، برئ من الصداق، ولم يلزم الوكيل في أحد الوجهين، لأن حقوق العقد تتعلق بالموكل؛ فإن كان الوكيل ضمنه لها، فلها مطالبته به، وليس لها نكاح غيره، لاعترافها أنها زوجته، فتؤخذ بإقرارها، ولا يكلف الطلاق، لأنه لم يثبت في حقه نكاح، ويحتمل أن يكلفه لإزالة الاحتمال، لأنه يحتمل صحة دعواها، فيتنزل منزلة النكاح الفاسد. ولو مات أحدهما، لم يرثه الآخر ، لأنه لم يثبت صداقها فترث، وهو يذكر أنها زوجته فلا يرثها.

بَابُ
الشركة

يجوز عقد الشركة في الجملة ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «يقول الله تعالى : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه ، خرجت من بينهما»[1] رواه أبو داود . وتكره شركة الذمي إلا أن

(١) **إسناده ضعيف.** رواه أبو داود [٣٣٨٣]، والدارقطني (٣٥/٣)، والحاكم (٥٢/٢)، والبيهقي (٧٨/٦) من طريق أبي حيان التيمي، عن أبيه، عن أبي هريرة رضي الله عنه به، وإسناده ضعيف فيه =

يكون المسلم يتولى البيع والشراء ، لما روى الخلال بإسناد، عن عطاء قال : نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودى والنصرانى إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم(١)، ولأنه لا يأمن معاملتهم بالربا ، والعقود الفاسدة .

فصل : والشركة على أربعة أضرب: أحدها- شركة العنان ، وهو أن يشترك اثنان بماليهما على أن يعملا فيه بأبدانهما، والربح بينهما ، فإذا صحت ، فما تلف من المالين ، فهو من ضمانهما ، وإن خسرا ، كانت الخسارة بينهما على قدر المالين، لأنهما صارا كمال واحد فى ربحه ، فكذلك فى خسرانه ، والربح بينهما على ما شرطاه ، لأن العمل يستحق به الربح ، وقد يتفاضلان فيه ، لقوة أحدهما وحذقه ، فجاز أن يجعل له حظ من الربح كالمضارب .

فصل : وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ، لأنهما أثمان البياعات ، وقيم الأموال . ولا تصح بالعروض فى إحدى الروايتين ، لأن قيمة أحدهما ربما تزيد قبل بيعه ، فيشاركه الآخر فى نماء العين التى هى ملكه . والثانية- تصح الشركة بها ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، لأن مقصودها نفوذ تصرفهما فى المال المشترك وكون ربحه بينهما ، وهذا ممكن فى العروض . والحكم فى النقرة(٢) والمغشوش والفلوس، كالحكم فى العروض ، لأن قيمتها تزيد وتنقص ، فأشبهت العروض . ولا تجوز الشركة بمجهول ولا جزاف ، لأنه لا يمكن الرجوع به عند المفاصلة : ولا بدين ولا غائب ، لأنه مما لا يجوز بيعه والتصرف فيه ، وهو مقصود الشركة .

= أبو حيان سعيد بن حيان التيمى وهو لا يكاد يعرف كما فى «الميزان»، وبهذا السبب أعله ابن القطان فى «بيان الوهم» (٤/ ٤٩٠)، وأعله الذهبى فى «الميزان» (١٣٢/٢) بعلة أخرى وهى الاختلاف فى الوصل والإرسال، فقد أخرجه الدارقطنى مرسلاً من طريق أبى حيان التيمى عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ : «**يد الله على الشريكين**» ـ الحديث وقال: إنه الصواب.

(١) **إسناده ضعيف.** رواه الخلال فى «الجامع» [٣٠٦] عن حرب عن أبى أمية محمد بن إبراهيم عن أبى صالح عن بكير بن عمرو عن عطاء به. وإسناده حسن إلى عطاء، إلا أنه مرسل، محمد بن إبراهيم بن مسلم صدوق يهم، وأبو صالح عبد الله بن صالح كاتب الليث صدوق كثير الغلط، وبكير بن عمرو لعله بكر بن عمرو المعافرى المصرى صدوق عابد كما فى «التقريب». وروى ابن أبى شيبة (٩/٦) عن جرير عن ليث عن عطاء قال: لا تشارك اليهودى والنصرانى – الحديث. وإسناده ضعيف أيضاً فيه ليث بن أبى سليم وهو صدوق اختلط ولم يتميز حديثه فترك كما فى «التقريب».

(٢) القطعة المذابة من الفضة، أما قبل الذوب فهى التبر. (المصباح).

فصل : وتجوز في المختلفين ، فيكون لأحدهما دنانير ، والآخر دراهم، أو لأحدهما صحاح ، وللآخر مكسرة ، أو لأحدهما مائة ، وللآخر مائتان ، لأنهما أثمان ، فصحت الشركة بهما كالمتفقين ، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بمثل ماله ، نص عليه ، لأنها أثمان ، فيجب الرجوع بمثلها كالمتفقين . وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المالين ، لأنه يقصد بها كون الربح بينهما ، فلم يشترط خلط المال كالمضاربة .

فصل : ومبناها على الوكالة والأمانة ، لأن كل واحد منهما بتفويض المال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله ، ولكل واحد منهما العمل في المالين بحكم الملك في حصته ، والوكالة في حصة شريكه. وحكمها في جوازها وانفساخها حكم الوكالة ، لتضمنها للوكالة ، فإن عزل أحدهما صاحبه قبل أن ينض المال[1]، فذكر القاضي : أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل حتى ينض ، كالمضارب إذا عزله رب المال . وقال أبو الخطاب : ينعزل ، لأنها وكالة . فإذا عزله فطلب أحدهما البيع ، والآخر القسمة أجيب طالب القسمة لأنه يستدرك ما تحصّل من الربح بالقسمة ، فلم يجبر على البيع بخلاف المضارب ، وهذا إنما يصح إذا كان الربح على قدر المالين ، فإن زاد ربح أحدهما عن ماله ، لم يستدرك ربحه بالقسمة ، فيتعين البيع كالمضاربة .

فصل : فإن مات أحدهما ، فلوارثه إتمام الشركة ، فيأذن للشريك ، ويأذن له الشريك في التصرف ، لأن هذا إتمام للشركة ، وليس بابتداء لها ، فلا تعتبر شروطها وكذلك إن مات رب المال في المضاربة ، فلوارثه إتمامها في ظاهر كلامه ، ويحتمل أن لا يجوز إتمامها إلا أن يكون المال ناضاً ، لأن العقد قد بطل بالموت ، وهذا ابتداء عقد ، فلا يجوز بالعروض . وإن مات عامل المضاربة ، لم يجز إتمامها إلا على الوجه الذي يجوّز ابتداءها ، لأنه لم يخلف أصلاً يبنى عليه . ولو كان مال الشركة والمضاربة موصى به، فالموصى له كالوارث في هذا ، فإن كانت الوصية لغير معين ،

---

(١) يعني أن يتحول المال عيناً بعد أن كان متاعاً. (المصباح).

كالفقراء ، فليس للوصى الإذن فى التصرف، لأنه قد وجب دفعها إليهم .

فصل : ولكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة ، ويقبض المبيع والثمن ، ويقبضهما ويطالب بالدين ، ويخاصم فيه ، ويرد بالعيب فى العقد الذى وليه هو أو صاحبه ، ويحيل ويحتال ويستأجر ، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة ، لأن هذا عادة التجار ، وقد أذن له فى التجارة . وهل لأحدهما أن يبيع نساء أو يبضع أو يودع أو يسافر بالمال ؟ يخرج على روايتين: إحداهما- له ذلك ، لأنه عادة التجار ، ولأن المقصود الربح ، وهو فى هذه أكثر . والأخرى- لا يجوز ، لأن فيه تغريراً بالمال . وهل له التوكيل ؟ يخرج على الروايتين فى الوكيل ، لأنه وكيل . وإذا وكل أحدهما ، فللآخر عزله ، لأنه وكيل. وهل له أن يرهن أو يرتهن ؟ فيه وجهان: أحدهما- له ذلك ، لأن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء، وهو يملكهما ، فيملك ما يراد لهما. والثانى- لا يجوز ، لأن فيه خطراً ، وفى الإقالة وجهان: أصحهما- أنه يملكها ، لأنها إن كانت بيعاً فقد أذن فيه، وإن كانت فسخاً ، ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فملكه، كالرد بالعيب. والآخر- لا يملكها ، لأنها فسخ فلا تدخل فى الإذن فى التجارة .

فصل : وليس له أن يكاتب الرقيق ، ولا يزوجه ، ولا يعتقه بمال ، ولا يقرض ولا يحابى ، لأن ذلك ليس بتجارة ، وليس له المشاركة بمال الشركة ، ولا المضاربة به ، ولا خلطه بماله ، ولا مال غيره ، لأنه يثبت فى المال حقوقاً ، وليس هو من التجارة المأذون فيها ، ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها ، لأن فيه خطراً . ولا يستدين على مال الشركة ، ولا يشترى ما ليس عنده ثمنه ، لأنه يؤدى إلى الزيادة فى مال الشركة ، ولم يؤذن فيه ، فإن فعل ، فعليه ثمن ما اشتراه ويختص بملكه وربحه وضمانه ، وكذلك ما استدانه أو اقترضه ، ويجوز أن يشترى نساء ما عنده ثمنه ، لأنه لا يفضى إلى الزيادة فيها ، وإن أقر على مال الشركة ، قبل فى حقه دون صاحبه ، سواء أقر بعين أو دين، لأن الإقرار ليس من التجارة . وقال القاضى : يقبل إقراره على مال الشركة ، ويقبل إقراره بعيب فى عين باعها ، كما يقبل إقرار الوكيل على

موكله به ، نص عليه ، لأنه يتولى بيعها ، فقبل إقراره بالعيب ، كمالكها . فإن رد عليه المعيب فقبله ، أو دفع أرشه ، أو أخر ثمنه ، أو حط بعضه لأجل العيب ، جاز، لأن العيب يجوز الرد ، وقد يكون ما يفعله من هذا أحظ من الرد ، فأما إن حط بعض الثمن ابتداء ، أو أسقط ديناً عن غريمهما ، أو أخره عليه ، لزم في حقه دون صاحبه ، لأنه تبرع فجاز في حقه دون شريكه كالصدقة . فإن قال له : اعمل برأيك فله عمل ما يقع في التجارة من الرهن والارتهان والبيع نساء ، والإبضاع بالمال ، والمضاربة به والشركة ، وخلطه بماله ، والسفر به وإيداعه ، وأخذ السفتجة ودفعها ونحوه ، لأنه فوض إليه الرأي في التصرف في التجارة ، وقد يرى المصلحة في هذا . وليس له التبرع والقرض والحطيطة[1] ، وكتابة الرقيق ، وعتقه وتزويجه ، لأنه ليس بتجارة ، وإنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة .

فصل : الضرب الثاني- شركة الأبدان ، وهو أن يشترك اثنان فيما يكتسبان بأبدانهما ، كالصانعين يشتركان على أن يعملا في صناعتهما أو فيما يكتسبانه من مباح كالحشيش والحطب والمعادن ، والتلصص على دار الحرب ، فما رزق الله فهو بينهما . فهو جائز ، لما روى عبد الله بن مسعود ﷺ قال : اشتركت أنا وسعد وعمار ﷺ يوم بدر ، فلم أجئ أنا وعمار بشئ، وجاء سعد بأسيرين[2] رواه أبو داود، واحتج به أحمد . ومبناها على الوكالة ، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه ، وما يتقبله كل واحد من الأعمال ، فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ، ويلزمه عمله. قال القاضي: ويحتمل أن لا يلزم كل واحد منهما ما لزم صاحبه ، كالوكيلين . وتصح مع اتفاق الصنائع واختلافها ، لأنهما اتفقا على مكسب واحد كما لو اتفقت الصنائع. وقال أبو الخطاب : لا تصح مع اختلافها ، لأن الشركة تقتضي أن ما يتقبله أحدهما يلزم صاحبه ، ولا يمكن أن

---

(١) حط الرحل وغيره حطاً: أنزله من عُلْوٍ إلى سُفْل. (المصباح).

(٢) **ضعيف.** رواه أبو داود [٣٣٨٨]، والنسائي (٧/ ٢٨٠)، وابن ماجه [٢٢٨٨]، والبيهقي (٦/ ٧٩)، من طريق أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود ﷺ ، وإسناده منقطع؛ فإن أبا عبيدة ثقة إلا أنه لم يصح سماعه من أبيه كما في «المراسيل» لابن أبي حاتم (ص: ٢٥٧).

يلزمه عمل صناعة لا يحسنها .

فصل : والربح بينهما على ما شرطاه من مساواة أو تفاضل ، لأنهما يستحقان بالعمل ، والعمل يتفاضل فيه، فجاز أن يكون الربح متفاضلاً . وما لزم أحدهما من ضمان لتعديه وتفريطه ، فهو عليه خاصة ، لأن ذلك لا يدخل في الشركة . ولكل واحد منهما طلب الأجرة ، وللمستأجر دفعها إلى أيهما شاء . وإن تلفت في يد أحدهما بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ، لأنه وكيل .

فصل : وإن عمل أحدهما دون صاحبه ، فالكسب بينهما ، لحديث ابن مسعود حين جاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران . وإن ترك أحدهما العمل لعجز أو غيره ، فللآخر مطالبته بالعمل ، أو بإقامة من يعمل عنه أو يفسخ .

فصل : إذا كان لرجلين دابتان ، فاشتركا على أن يحملا عليهما ، فما رزق الله تعالى من الأجرة ، فهو بينهما ، صح . ثم إن تقبلا حمل شئ في ذمتهما فحملاه عليهما ، صح ، والأجرة على ما شرطاه ، لأن تقبلهما الحمل أثبته في ذمتهما وضمانهما ، والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه . وإن أجراهما على حمل شئ بعينهما ، اختص كل واحد منهما بأجرة دابته ، ولا شركة ، لأنه لم يجب الحمل في ذمته ، وإنما استحق المكترى منفعة هذه البهيمة التي استأجرها ، ولهذا تنفسخ الإجارة بموتها . ولا يصح أن يكون كل واحد منهما وكيل صاحبه في إجارة دابة نفسه، ولهذا لو قال : أجر دابتك وأجرها بيني وبينك ، لم يصح . فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل، فله أجر مثله ، لأنها منافع وفاها بشبهة عقد .

فصل : فإن دفع دابته إلى رجل يعمل عليها ، أو عبده ليكتسب ، ويكون ما يحصل بينهما نصفين ، أو أثلاثاً ، صح ، نص عليه . لأنها عين تنمى بالعمل عليها ، فجاز العقد عليها ببعض نمائها ، كالشجر في المساقاة . ونقل عنه أبو داود فيمن يعطى الفرس على نصف الغنيمة : أرجو أن لا يكون به بأس ، ووجهه ما ذكرناه . وإن دفع ثياباً إلى خياط ليخيطها ويبيعها ، وله جزء من ربحها ، أو غزلاً لينسجه ثوباً بثلث ثمنه ، أو ربعه ، جاز ، وإن جعل معه دراهم ، لم يجز .

وعنه : الجواز ، والأول المذهب . لأنه لا يجوز أن يشرط في المساقاة دراهم معلومة ، وإنما أجاز أحمد ذلك تشبيهاً بالمساقاة ، قال : نراه جائزاً ، لأن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر[١] .

فصل : وإن دفع رجل بَغْلَةً، وآخر روايته إلى رجل ، ليستقى وما يرزق الله بينهم فقياس المذهب صحته ، لأن لكل واحد منهما عين تنمى بالعمل عليها ، فصح دفعها بجزء من النماء كالتي قبلها . وقال القاضي : لا يصح ، لأن المشاركة بالعروض لا تصح . والأجرة للعامل ، لأنه ملك الماء باغترافه في الإناء ، ولصاحبيه أجرة المثل ، لأنه استوفى منافع ملكيهما بشبهة عقد . ولو اشترك صانعان على أن يعملا بأداة أحدهما في بيت الآخر ، والكسب بينهما ، صح ، لأن الأجرة على عملهما ، وبه يستحق الربح ، ولا يستحق بالآلة والبيت شئ ، إنما يستعملانها في العمل ، فصارا كالدابتين في الشركة . ولو اشترك صاحب بغل وراوية على أن يؤجراهما ، والأجرة بينهما ، لم يصح ، لأن حاصله أن كل واحد منهما يؤجر ملكه ويعطى الآخر من أجرته ، وليس بصحيح ، والأجرة كلها لمالك البهيمة ، لأنه صاحب الأصل ، وللآخر أجرة مثله .

فصل : الضرب الثالث- شركة الوجوه ، وهو أن يشترك رجلان فيما يشتريان بجاههما ، وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشترياه فهو بينهما على ما يتفقان عليه من مساواة ، أو تفاضل، فما رزق الله تعالى من الربح ، فهو بينهما على ما اتفقا عليه ، فهو جائز ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه ، أو قال : ما اشتريت من شئ فهو بيننا ، نص عليه . والربح بينهما على ما اشترطاه .وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى . ولنا أنهما شريكان في المال والعمل فجاز تفاضلهما في الربح ، مع تساويهما في الملك . كشريكي العنان ، والوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى ، لأنه رأس المال .

---

(١) رواه البخاري [٢٣٢٨]، ومسلم [١٥٥١]، وأبو داود [٣٤٠٨]، والترمذي [١٣٨٣]، وابن ماجه [٢٤٦٧]، وأحمد (١٧/٢)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

ومبناها على الوكالة ، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه فيما يشتريه ويبيعه . وحكمها في جواز ما يجوز لكل واحد منهما ، أو يمنع منه حكم شركة العنان .

فصل : الضرب الرابع- شركة المفاوضة ، وهو أن يشتركا في كل شئ يملكانه ، وما يلزم كل واحد منهما من ضمان غصب ، أو جناية أو تفريط ، وفيما يجدان من ركاز أو لقطة ، فلا تصح ، لأنه يكثر فيها الغرر، ولأنها لا تصح بين المسلم والكافر ، فلا تصح بين المسلمين ، كسائر العقود المنهى عنها ، ولأنه يدخل فيها أكساب غير معتادة ، وحصول ذلك وهم لا يتعلق به حكم.

بَابُ
المضاربة

وهو أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه ، والربح بينهما. وهي جائزة بالإجماع ، يروى إباحتها عن عمر وعلي وابن مسعود وحكيم بن حزام ﭬ في قصص مشهورة، ولا مخالف لهم فيكون إجماعاً . وتسمى مضاربة وقراضا ، وتنعقد بلفظهما ، وبكل ما يؤدي معناهما ، لأن القصد المعنى ، فجاز بما دل عليه كالوكالة . وحكمها حكم شركة العنان في جوازها وانفساخها ، وفيما يكون رأس المال فيها ، وما لا يكون ، وما يملكه العامل ، وما يمنع منه ، وكون الربح بينهما على ما شرطاه ، لأنها شركة ، فيثبت فيها ذلك ، كشركة العنان .

فصل: ويشترط تقدير نصيب العامل ، ونصيب كل واحد من الشريكين في الشركة بجزء مشاع ، لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها ، والمضاربة في معناها . فإن قال : خذه مضاربة والربح بيننا ، صح ، وهو بينهما نصفين ، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح لأحدهما ، فاقتضى التسوية

كقوله : هذه الدار بيني وبينك . وإن قال : على أن لك ثلث الربح ، صح ، والباقي لرب المال ، لأنه يستحقه ، لكونه نماء ما له، فلم يحتج إلى شرطه . وإن قال على أن لي ثلث الربح ، ولم يذكر نصيب العامل ، ففيه وجهان: أحدهما- لا يصح ، لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولا شرط له . والثاني- يصح ، والباقي للعامل ، لأنه يدل بخطابه على ذلك ، كقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ [النساء: ١١] دل على أن باقيه للأب. وإن قال: لي النصف ولك الثلث ، وترك السدس ، فهو لرب المال ، لأنه يستحقه بماله، وإن قال خذه مضاربة بالثلث ، صح، وهو للعامل، لأن الشرط يراد من أجله ، ورب المال يأخذه بماله لا بالشرط . ومتى اختلفا لمن الجزء المشروط ، فهو للعامل لذلك ، واليمين على مدعيه .

فصل : وإن لم يذكر الربح ، أو قال: جزء من الربح ، أو شركة ، لم تصح المضاربة ، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب . وإن قال : لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه ، صح ، وإن جهلاه أو أحدهما ، لم تصح. ولا يجوز أن يشرط لأحدهما دراهم معلومة ، لأنه يحتمل أن لا يربحها ، أو لا يربح غيرها، فيختص أحدهما بجميع الربح . ولو شرط لأحدهما ربح أحد الألفين ، أو أحد الكبشين ، أو أحد العبدين ، وللآخر ربح الآخر ، أو جعل حقه في عبد يشتريه ، أو أنه إذا اشترى عبداً ، أخذه برأس المال ، لم يصح ، لإفضائه إلى اختصاص أحدهما بالربح .

فصل : وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك ، أو قال: لي، لم يصح، لأن موضوعها على الاشتراك في الربح، فشرطه كله له ينافي مقتضى العقد فبطل. وإن قال: خذه فاتجر به، والربح كله لك، فهو قرض، لأن اللفظ يصلح للقرض، وقد قرن به حكمه ، فتعين له. وإن قال: والربح كله لي، فهو إبضاع، لأنه قرن به حكمه.

فصل : وإن قال لغريمه : ضارب بالدين الذي عليك ، لم يصح ، لأن ما في يد الغريم لنفسه لا يصير لغريمه إلا بقبضه . فإن عزل شيئاً فاشترى به ، فالشراء له ، لأنه اشترى بماله ، ويحتمل أن تصح المضاربة ، لأنه اشترى له بإذنه ، ودفع المال إلى

من أذن له في دفعه إليه ، فبرئت به ذمته . وإن كانت له وديعة ، فقال للمودَع : ضارب بها ، صح ، لأنه عين ماله . فإن كان عرضاً فقال : بعه وضارب بثمنه ، صح ، لأن الثمن عين مال رب المال ، وإن قال : اقبض ما لي على فلان ، وضارب به ففعل ، صح ، لأنه وكيل في قبضه فيصير كالوديعة .

فصل : ويصح أن يشرط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو لا يتجر به إلافي بلد بعينه ، أو نوع بعينه أو لا يعامل إلا رجلاً بعينه ، لأنه أذن في التصرف فجاز ذلك فيه كالوكالة . ويصح توقيتها ، فيقول : ضاربتك بهذه الدراهم سنة لذلك ، نص عليه ، وعنه : لا يصح ، اختارها أبو حفص ، لأنه عقد يجوز مطلقاً ، فلم يجز توقيته كالنكاح . ويصح أن يشرط نفقة نفسه حضراً وسفراً قياساً على التوكيل .

فصل : ولا يصح أن يشرط ما ينافي مقتضى العقد ، نحوأن يشرط لزوم المضاربة، أو لا يعزله مدة بعينها ، أو لا يبيع إلا برأس المال ، أو أقل ، أو يوليه ما يختار من السلع ، لأنه يفوت المقصود من العقد . وإن شرط أن يتجر له في مال آخر مضاربة ، أو بضاعة أو خدمته في شئ ، أو أن يرتفق بالسلع ، أو شرط على العامل الضمان ، أو الوضيعة أو شيئاً منها ، أو متى باع سلعة ، فهو أحق بها بالثمن ، فالشرط فاسد ، لأنه ليس من مصلحة العقد ، ولا مقتضاه .

فصل : وكل شرط يؤثر في جهالة الربح يبطل المضاربة ، لأنه يمنع التسليم الواجب ، وما لا يؤثر فيه ، لا يبطلها في قياس قوله ، لنصه فيما إذا شرط سهماً من الوضيعة أن المضاربة صحيحة ، لأنه إذا حذف الشرط ، بقي الإذن بحاله ويحتمل البطلان ، لأنه إنما رضي بالعقد بهذا الشرط ، فإذا فسد ، فات الرضى به ففسد ، كالمزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وكالشروط الفاسدة في البيع . ومتى فسدت ، فالتصرف صحيح ، لأنه بإذن رب المال والوضيعة عليه ، لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ، والربح لرب المال ، لأنه نماء ماله . وإنما يستحق بالشرط وهو فاسد ها هنا لا يستحق به شئ ، وللعامل أجرة مثله، لأنه بذل منافعه بعوض لم يسلم له . وإن فسدت الشركة ، قسم الربح على رءوس أموالهما ، ورجع

كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله ، لما ذكرنا . وقال الشريف أبو جعفر : الربح بينهما على ما شرطاه ، لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً ، فوجب المسمى فى فاسده كالنكاح .

فصل : وعلى العامل عمل ما جرت العادة بعمله ، من نشر وطى ، وإيجاب وقبول ، وقبض ثمن ، ووزن ما خف ، كالنتود والمسك والعود ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، والعرف أن هذه الأمور يتولاها بنفسه ، فإن استأجر من يفعلها ، فعليه الأجر فى ماله ، لأنه بذلها عوضاً عما يلزمه ، وما جرت العادة أن يستنيب كحمل المتاع . ووزن ما يثقل ، والنداء ، فله أن يستأجر من مال القراض من يفعله لأنه العرف . فإن فعله بنفسه ليأخذ أجرة ، لم يستحقها ، نص عليه ، لأنه تبرع بفعل ما لم يلزمه ، فلم يكن له أجرة كالمرأة التى تستحق على زوجها خادماً إذا خدمت نفسها . ويتخرج أن له الأجر ، لأنه فعل ما يستحق الأجر فيه ، فاستحقه كالأجنبى .

فصل : وليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال ، لأن الإذن لم يتناول غيره فإن كان ألفاً فاشترى عبداً بألف ، فهو للمضاربة ، لأنه مأذون فيه . فإن اشترى آخر لم يدخل فى المضاربة ، لأنه غير مأذون فيه . وحكمه حكم ما لو اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه . فإن تلفت الألف قبل نقده فى الأول ، فعلى رب المال الثمن ، لأن الشراء بإذنه ، ويصير رأس المال الثمن الثانى ، لأن الأول تلف قبل تصرفه فيه ، وإن تلف قبل الشراء ، لم يدخل المشترى فى المضاربة لأنها انفسخت قبل الشراء ، لتلف رأس المال وزوال الإذن.

فصل : وليس له التصرف إلا على الاحتياط ، كالوكيل ، لأنه وكيل رب المال إلا أن له شراء المعيب ، لأن مقصودها الربح ، وقد يربح فى المعيب بخلاف الوكالة ، فإن الشراء فيها يراد للقنية . وإذا اشترى شيئاً فبان معيباً ، فله رده ، فإن اختلف هو ورب المال فى رده ، فعل ما فيه النظر ، لأن المقصود الحظ لهما ، فإذا اختلفا ، قدم الأحظ.

فصل : فإن اشترى من يُعتق على رب المال ، صح؛ لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه ، كالذى نذر رب المال عتقه ، ويعتق، وعلى العامل الضمان ، علم أو لم يعلم ، لأن مال المضاربة تلف بتفريطه . وفى قدر ما يضمن وجهان . أحدهما- ثمنه ، لأنه فات فيه . والثانى- قيمته ، لأنها التالفة . وقال أبو بكر : إن لم يعلم ، لم يضمن ، لأنه معذور ، فلم يضمن ، كما لو اشترى معيباً لم يعلم عيبه . ويتخرج أن لا يصح شراؤه ، لأن الإذن يقيد بالعرف بما يمكن بيعه والربح فيه ، فلا يتناول غيره ، ولأنه تقيد بما يظن الحظ فيه ، وهذا لا حظ للتجارة فيه ، ولهذا جعلناه مفرطاً ، وألزمناه الضمان . فإن اشترى زوجة رب المال ، أو زوج ربة المال ، صح ، وانفسخ النكاح لملكه إياه ، فإن كان قبل الدخول ، فعلى العامل نصف الصداق ، لأنه أفسد نكاحه ، فأشبه من أفسده بالرضاع .

فصل : فإن اشترى من يُعتق على نفسه ، ولا ربح فى المال ، لم يعتق . وإن ظهر فيه ربح ، وقلنا : لا يملك العامل إلا بالقسمة ، لم يعتق أيضاً ، وإن قلنا : يملكه بالظهور ، عتق عليه قدر حصته منه ، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، وغرم قيمته ، وإن كان معسراً ، لم يعتق عليه إلا ما ملك . وقال أبو بكر : لا يعتق بحال لأنه لم يتم ملكه فى الربح ، لكونه وقاية لرأس المال .

فصل : وليس له وطء جارية من المال ، فإن فعل ، فعليه المهر ، لأنها مملوكة غيره ويعزر ، نص عليه ، ولا حد عليه لشبهة حقه فيها . وقال القاضى : عليه الحد إن لم يظهر ربح ، لأنه لا ملك له فيها ، والأول أولى ، لأن ظهور الربح ينبنى على التقويم ، وهو غير متحقق فيكون شبهة . فإن ولدت منه ، ولم يظهر ربح ، فالولد مملوك ، ولا تصير الجارية أم ولده ، لأنها علقت به فى غير ملك ، وإن ظهر ربح ، فالولد حر ، وأمه أم ولد ، وعليه قيمتها ، ويسقط من القيمة والمهر قدر حصة العامل منها . وإن أذن له رب المال فى التسرى فاشترى جارية ، خرجت من المضاربة وصار ثمنها قرضاً ، لأن استباحة البضع لا تكون إلا بملك أو نكاح، لقول الله تعالى: ﴿ إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ [المؤمنون: ٦] .

فصل : وليس لرب المال وطء جارية من المضاربة ، لأن لغيره فيها حقاً ، وإن فعل ، فلا حد عليه ، لأنها ملكه . وإن لم تعلق منه ، فالمضاربة بحالها ، وإن علقت منه ، فالولد حر ، وتصير أم ولد له ، وتخرج من المضاربة ، وتحسب عليه قيمتها ، ويأخذ المضارب حصته من الربح مما بقى .

فصل : وليس له دفع المال مضاربة ، لأنه إنما دفع إليه المال ليضارب به ، وبهذا يخرج عن كونه مضاربة ، فإن فعل فهو مضمون على كل واحد منهما ، على الأول لتعديه ، وعلى الثانى لأخذه مال غيره بغير إذنه ، فإن غرم الأول ، ولم يعلم الثانى بالحال ، لم يرجع عليه ، لأنه دفعه إليه أمانة . وإن علم ، رجع عليه ، وإن غرم الثانى مع علمه ، لم يرجع على أحد ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول ؟ على وجهين ، بناء على المشترى من الغاصب ، وإن ربح ، فالربح لرب المال ، لأنه نماء ماله ولا أجرة لواحد منهما ، لأن الأول لم يعمل ، والثانى عمل فى مال غيره بغير إذنه ، فأشبه الغاصب . وعنه : له أجرة مثله ، لأنه عمل فى المال بشبهة المضاربة، فأشبه المضاربة الفاسدة . ويحتمل أنه إن اشترى فى الذمة ، كان الربح له فأما إن دفعه إلى غيره بإذن رب المال صح ، ويصير الثانى هو المضارب . فإن شرط الدافع لنفسه شيئاً من الربح ، لم يستحق شيئاً ، لأن الربح يستحق بمال ، أو عمل ، وليس له واحد منهما ، فإن قال له رب المال : اعمل برأيك ، فعن أحمد : جواز دفعه مضاربة كما ذكرنا فى الشركة .

فصل : إذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له ، فهو ضامن ، لأنه تصرف بغير إذن المالك فضمن كالغاصب ، والربح لرب المال ولا أجرة له ، لأنه عمل بغير إذن، أشبه الغاصب . وعنه : له أجرة مثله مالم تحط بالربح ، كالإجارة الفاسدة . وعنه : له أقل الأمرين من أجرته أو ما شرط له ، لأنه رضى بما جعل له ، فلا يستحق أكثر منه، ولا يستحق أكثر من أجرة المثل ، لأنه لم يفعل ما جعل له الربح فيه ، وقال القاضى : إن اشترى فى الذمة ، ثم نقد المال ، فكذلك ، وإن اشترى بعين المال، فالشراء باطل فى رواية ، والنماء للبائع ، وفى رواية تقف على إجازة المالك ، فإن لم

يجزه ، فالبيع باطل أيضاً ، وإن أجازه ، صح والنماء له ، وإن أخذ الربح ، كان إجازة منه للعقد ، لأنه دل على رضاه . وفي أجرة المضارب ما ذكرناه .

فصل : ونفقة المضارب على نفسه حضراً وسفراً ، لأنها تختص به فكانت عليه كنفقة زوجته، لأنه دخل على أن له جزءاً مسمى فلم يستحق غيره ، كالمساقي . فإن اشترط نفقته ، فله ذلك ، لقول النبي ﷺ : «**المؤمنون على شروطهم**»[1] ويستحب تقديرها ، لأنه أبعد من الغرر ، فإن أطلق ، جاز ، لأن لها عرفاً تنصرف إليه ، فأشبه إطلاق الدينار في بلد له فيه عرف . قال أحمد : ينفق على ما كان ينفق غير متعد بالنفقة ، ولا مضر بالمال ، وله نفقته من المأكول خاصة ، إلا أن يكون سفراً طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة ، فله أن يكتسي ، فإن كان معه مال آخر ، فالنفقة على المالين بالحصص ، لأن النفقة للسفر ، والسفر لهما وإن مات لم يجب تكفينه ، لأنه لم يبق عاملاً ، وإن لقيه رب المال في السفر، ففسخ المضاربة ، فلا نفقة له لرجوعه لذلك .

فصل : وللمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى ، إذا لم يكن فيه ضرر على الأولى، بأن لا يشتغل عن النظر في أمواله، لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها ، فلم يمنع عقداً آخر كالوكالة . فإن كانت الثانية تشغله عن الأولى ، لم يجز ، لأنه تصرف يضر به ، فلم يجز كالبيع بغبن ، فإن فعل ضم نصيبه من الربح في الثاني إلى ربح الأول ، فاقتسماه ، لأن ربحه الثاني حصل بالمنفعة التي اقتضاها العقد الأول . وإن فعل ذلك بإذن الأول ، جاز ، لأن الحق له فجاز بإذنه . فإن أخذ مالين من رجلين ، فاشترى بكل مال عبداً فاشتبها عليه ، ففيه وجهان: أحدهما- يكونان شريكين فيهما ، كما لو اشتركا في عقد البيع . والثاني-يأخذهما العامل ، وعليه رأس المال، لأنه تعذر ردهما بتفريطه، فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما .

فصل: وإذا دفع إليه ألفاً ، ثم دفع إليه ألفاً أخرى، لم يجز له ضم أحدهما إلى

---

(١) سبق تخريجه (٣٧/٢).

الأخرى لأنه أفرد كل واحد بعقد له حكم ، فلم يملك تغييره، فإن أمره بضمهما قبل التصرف فيهما، أو بعد أن نضا، جاز وصارا مضاربة واحدة. وإن كان بعد التصرف قبل أن ينضا، لم يجز، لأن حكم ما تصرف فيه قد استقر، فصار ربحه وخسرانه مختصاً به، فضم الآخر إليه يوجب جبر وضيعة أحدهما بربح الآخر، فلم يجز.

فصل : وليس للمضارب ربح حتى يوفى رأس المال ، لأن الربح هو الفاضل عن رأس المال . فلو ربح في سلعة، وخسر في أخرى ، أو في سفرة وخسر في أخرى جبرت الوضيعة من الربح . وإن تلف بعض المال قبل التصرف ، فتلفه من رأس المال ، لأنه تلف قبل التصرف ، أشبه التالف قبل القبض . وإن تلف بعد التصرف ، حسب من الربح ، لأنه دار في التجارة . فإن اشترى عبدين بمائة ، فتلف أحدهما ، وباع الآخر بخمسين ، فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقى رأس المال خمسين ، لأن رب المال أخذ نصف المال الموجود ، فسقط نصف الخسران . ولو لم يتلف العبد ، وباعهما بمائة وعشرين ، فأخذ رب المال ستين ، ثم خسر العامل فيما معه عشرين ، فله من الربح خمسة ، لأن سدس ما أخذه رب المال ربح ، للعامل نصفه ، وقد انفسخت المضاربة فيه ، فلا يجبر به خسران الباقي وإن اقتسما العشرين خاصة ، ثم خسر عشرين ، فعلى العامل رد ما أخذه ، وبقى رأس المال تسعين لأن العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال . ومهما بقى العقد على رأس المال وجب جبر خسرانه من ربحه، وإن قسما الربح. قال أحمد : إلا أن يقبض رأس المال صاحبه ، ثم يرده إليه ، أو يحتسبا حساباً كالقبض ، وهو أن يظهر المال ، ويجئ به فيحتسبان عليه ، فإن شاء صاحبه قبضه ، ولا يكون ذلك إلا في الناض ، دون المتاع لأن المتاع قد يتغير سعره ، وما قبل ذلك ، فالوضيعة تجبر من الربح ، ولذلك لو طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، لم يلزم الآخر إجابته ، لأنه لا يأمن الخسران في الثاني . وإن اتفقا على قسمه أو قسم بعضه ، أو على أن يأخذ كل واحد منهما كل يوم قدراً معلوماً ، جاز ، لأن الحق لهما ، ولو تبين للمضارب ربح لم يجز له أخذ شئ منه إلا بإذن رب المال.

فصل : ويملك العامل الربح بالظهور ، وعنه : لا يملكه ، لأنه لو ملكه اختص بربحه. والأول المذهب ، لأنه يملك المطالبة بقسمه فملكه كالمشترى . وإنما لم يختص بربحه ، لأنه وقاية لرأس المال .

فصل : ولكل واحد منهما فسخ المضاربة ، لأنها عقد جائز . فإذا فسخ والمال عرض فاتفقا على قسمه ، أو بيعه ، جاز . وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وفيه ربح ، أجبر عليه ، لأن حقه فى الربح لا يظهر إلا بالبيع . وإن لم يكن فيه ربح ، لم يجبر ، لأنه لا حق له فيه . وإن طلب رب المال البيع ، وأبى العامل ، أجبر فى أحد الوجهين ، لأنه يستحق عليه رد المال كما أخذه ، والآخر لا يجبر ، لأنه متصرف لغيره بحكم عقد جائز ، فلم يلزمه التصرف كالوكيل . وإن كان ديناً ، لزم العامل تقاضيه ، لأن المضاربة تقتضى رد المال على صفته .

فصل : ويجوز أن يدفع المال إلى اثنين مضاربة ، فإن شرط لهما جزءاً من الربح، ولم يبين كيف هو بينهما ، فهو بينهما نصفين ، لأن إطلاق لفظه لهما يقتضى التسوية . وإن شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر سدسه ، صح لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان . وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما ، جاز ، وكان بمنزلة عقدين ، فإذا شرطا له جزءاً من الربح ، فالباقى لهما على قدر ملكيهما ، فإن كان بينهما نصفين ، فشرط أحدهما للمضارب نصف ربح نصيبه وشرط الآخر الثلث ، والباقى بينهما نصفين ، لم يجز ، لأن كل واحد منهما يستحق ما بقى من الربح بعد شرطه ، فإذا شرطا التسوية ، فقد شرط أحدهما جزءاً من ربح مال صاحبه بغير عمل . وإن دفع إليه ألفاً ، وقال : أضف إليها ألفاً من مالك ، والربح بيننا ، لك ثلثاه ولى ثلثه ، جاز ، وكان شركة وقراضاً ، وللعامل النصف بماله ، والسدس بعمله، وإن قال: والربح بيننا نصفين ، نظرنا فى لفظه ، فإن قال : خذه مضاربة ، فسد ، لأنه جعل ربح ماله كله له ، وذلك ينافى مقتضى المضاربة . وإن لم يقل مضاربة ، صح ، وكان إبضاعاً . وإن قال : ولى الثلثان ، فسد ، لأنه شرط لنفسه جزءاً من ربح مال صاحبه بغير عمل .

فصل : وإن أخرج ألفاً وقال : أتجر أنا وأنت فيها والربح بيننا ، صح ، نص عليه، وذكره الخرقي بقوله : أو بدنان بمال أحدهما . وقال ابن حامد والقاضي : لا يصح ، لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ، وهذا الشرط ينفي ذلك . والأول أظهر ، لأن العمل أحد ما تتم به المضاربة ، فجاز انفراد أحدهما به ، كالمال ، ومقتضى المضاربة إطلاق التصرف في المال والمشاركة في الربح ، وهذا لاينفيه . فإن شرط المضارب أن يعمل معه غلام رب المال ، فهو أولى بالجواز ، لأن عمل الغلام يصح أن يكون تابعاً لعمل العامل ، كالحمل على بهيمته . وقال القاضي : لا يجوز ، لأن يد العبد كيد سيده .

فصل : والعامل أمين لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعد ، لأنه متصرف في المال بإذن المالك لا يختص بنفعه ، فأشبه الوكيل . والقول قوله فيما يدعيه من تلف أو يدعى عليه من جناية لذلك . فإن قال : هذا اشتريته لنفسي ، أو للمضاربة، أو اختلفا في نهي رب المال له عن شرائه ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم النهي ، وهو أعلم بنيته في الشراء ، وإن اختلفا في رد المال ، فالقول قول المالك ، لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير . وإن اختلفا فيما شرط له من الربح ، ففيه روايتان: أحدهما– القول قول المالك ، لأن الأصل عدم ما اختلفا فيه. والثانية– إن ادعى العامل أجرة المثل ، أو قدراً يتغابن الناس به ، فالقول قوله ، لأن الظاهر صدقه . وإن ادعى أكثر ، فالقول قول المالك ، لأن الظاهر صدقه ، فأشبها الزوجين إذا اختلفا في المهر .

فصل : وإن أقر بربح ثم قال : خسرته ، أو تلف ، قبل قوله . وإن قال : غلطت أو نسيت ، لم يقبل ، لأنه مقر بحق لآدمي ، فلم يقبل رجوعه ، كالمقر بدين . ولو اقترض العامل شيئاً ، تمم به رأس المال ، ثم عرضه على رب المال فأخذه ، لم يقبل رجوع العامل ، ولم يملك المقرض مطالبة رب المال ، لأن العامل ملكه بالقرض ، وأقر به لرب المال . ويرجع المقرض على العامل .

فصل : فإن قال المالك : دفعت إليك المال قرضاً ، قال : بل قراضاً ، أو

بالعكس ، أو قال : غصبتنيه فقال : بل أودعتنيه ، أو بالعكس . أو قال : أعرتكه قال: بل أجرتنيه ، أو بالعكس ، فالقول قول المالك . لأنه ملكه ، فالقول قوله في صفة خروجه عن يده . وإن قال المضارب : شرطت لي النفقة فأنكره ، فالقول قول رب المال ، لأن الأصل عدمه . وإن اتفقا على الشرط فقال المضارب : إنما أنفقت من مالي ، فالقول قوله لأنه أمين فقبل قوله في الإنفاق ، كالوصي . وله الرجوع سواء كان المال في يده أو لم يكن .

فصل : وإن اشترى رب المال شيئاً من مال المضاربة ، لم يصح في إحدى الروايتين ، لأنه ملكه ، فلم يجز له شراؤه ، كماله الذي مع وكيله . والثانية : يصح ، لأنه قد تعلق به حق غيره ، فأشبه مال مكاتبه . ويصح أن يشتري المضارب من مال المضاربة لنفسه ، لأنه ملك غيره ، فصح شراؤه له ، كشراء الوكيل من موكله . ولا يصح شراء السيد من عبده المأذون له، لأنه ماله ، ويحتمل أن يصح إذا ركبته الديون وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة ، بطل في نصيبه ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة . ويحتمل أن يصح في الجميع بناء على شراء رب المال من مال المضاربة . وإن استأجر أحد الشريكين من شريكه داراً ليحرز فيها مال الشركة ، أو غرائر[1] ، صح ، نص عليه. وإن استأجره أو غلامه أو دابته لنقل المتاع، ففيه روايتان: إحداهما- يجوز قياساً على الدار . والثانية- لا يجوز، لأن الحيوان لا تجب له الأجرة إلا بالعمل ولا يمكن إبقاؤه في المشترك لعدم تميز نصيب أحدهما من الآخر، بخلاف الدار، فإن الواجب موضع العين من الدار ، فيمكن تسليم المعقود عليه.

فصل : ولا تجوز قسمة الدين في الذمم ، لأنها لا تتكافأ ، والقسمة بغير تعديل بيع . ولا يجوز بيع دين بدين وعنه : يجوز ، لأن الاختلاف لا يمنع القسمة قياساً على اختلاف الأعيان ، ولا يمكن قسمة الدين في ذمة واحدة ، لأن معناها إفراز الحق، ولا يتصور في ذمة واحدة .

(١) جمع غرارة، وهي التي يوضع فيها التبن. (اللسان).

فصل : وإذا كان لاثنين دين فى ذمة رجل بسبب واحد ، فقبض أحدهما منه شيئاً فهو بينهما ، إذ لا يجوز أن يكون المقبوض نصيب من قبضه ، لما فيه من قسمة الدين فى ذمة واحدة ، ولشريك القابض مطالبته بنصيبه منه لذلك . وله مطالبة الغريم، لأنه لم يبرأ من حقه بتسليمه إلى غيره بغير إذنه ، ومن أيهما أخذ ، لم يرجع على الآخر ، لأن حقه ثبت فى أحد المحلين . فإذا اختار أحدهما ، سقط حقه من الآخر . وإن هلك المقبوض فى يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه للغريم ، لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض . وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته مشتركاً . وإن أبرأ أحدهما الغريم ، برئ من نصيبه ، ولم يرجع عليه الآخر بشئ ، لأنه كتلفه . وإن أبرأ من نصف حقه ثم قبضا شيئاً ، اقتسماه أثلاثاً . وإن أخر أحدهما حقه ، جاز ، لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أولى ، وإن اشترى بنصيبه شيئاً ، فهو كما لو اشترى بعين مال مشترك بينهما . وإن كان الحق ثابتاً بسببين ، كعقدين ، أو إتلافين ، فلا شركة بينهما ، ولكل واحد استيفاء حقه مفرداً ، فلا يشاركه الآخر فيه .

فصل : إذا ملكا عبداً ، فباعه أحدهما بأمر الآخر ، فادعى المشترى أنه قبض ثمنه ، فأنكر البائع وصدقه الآخر ، برئ من نصف ثمنه لاعتراف صاحبه بقبض وكيله له ، والقول قول البائع مع يمينه فى أنه لم يقبض ، لأن الأصل عدمه . ولا تقبل شهادة شريكه عليه ، لأن له فيها نفعاً ، فإذا حلف ، قبض نصيبه من المشترى ، ولم يشاركه شريكه فيه ، لأنه يدعى أنه يأخذه ظلماً . وإن كان البائع ادعى أن شريكه قبض الثمن كله فأنكر، لم تبرأ ذمة المشترى ، لأنه لم يوكله فى القبض ، وليس للبائع مطالبة المشترى بأكثر من نصيبه ، لاعترافه بأن ذمته برئت من نصيب صاحبه . فإذا قبض نصيبه ، فلصاحبه مشاركته فيه ، لأن دينهما واحد . فإذا رجع عليه ، لم يكن للمقبوض منه مطالبة المشترى بشئ آخر ، لاعترافه بقبضه لجميع حقه ، وأن ما يأخذه صاحبه منه ظلم . ويحتمل أنه ليس لصاحبه مشاركته ، لأنه ملك لاثنين ، وعقد الواحد مع اثنين كعقدين .



باب
العبد المأذون

لا يجوز للعبد التجارة بغير إذن مولاه ، لأن منافعه مملوكة له ، فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه . فإن رآه يتجر فسكت ، لم يصر مأذوناً له ، لأنه بيع يفتقر إلى الإذن ، فلم يكن السكوت إذناً فيه كبيع مال الأجنبى . وإن اشترى فى ذمته ، لم يصح ، لأنه عقد معاوضة ، فأشبه النكاح . فإن قبض المبيع فتلف فى يده ، تعلق برقبته ، كجنايته ، لأنه تلف فى يده على وجه يلزمه ضمانه فأشبه ما لو أتلفه.

فصل: وإن أذن له المولى ، جاز ، لأن الحجر لحقه فملك إزالته ، ولا يملك التجارة إلا فيما أذن له فيه ، لأن تصرفه بالإذن فلم يملك إلا مادخل فيه ، كالوكيل. فإن عين لـه نوعاً أو قدراً ، لم يملك التجارة فى غيره . وإن أذن له فى التجارة مطلقاً ، جاز ولم يكن له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل ، لأنه عقد على نفسه فلم يملكه ، كبيع نفسه وتزوجه . ولا يتصرف إلا على النظر والاحتياط كالمضارب ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، وهو ما قلناه . ولا يبطل الإذن بالإباق، لأنه لا يمنع ابتداء الإذن، فلا يقطع استدامته كما لو غصبه غاصب .

فصل: ولا يجوز تبرع المأذون له بالدراهم والكسوة ، لأنه ليس بتجارة ولا من توابعها ، فلم يدخل فى الإذن فيها وتجوز هديته المأكول ، واتخاذ الدعوة وإعارة دابته ما لم يسرف لما روى عن النبى ﷺ أنه كان يجيب دعوة المملوك[1] . ولأن العادة جارية به بين التجار ، فجاز ، كصدقة المرأة بالكسرة من بيت زوجها .

---

(١) **ضعيف**. رواه الترمذى [١٠١٧]، وابن ماجه [٤١٧٨]، والطيالسى [٢١٤٨]، وابن عدى فى «الكامل» (٢٣٠٩/٦)، من حديث مسلم الأعور، عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يعود المريض، ويشيع الجنازة، ويجيب دعوة المملوك ـ الحديث، وإسناده ضعيف، فيه مسلم الأعور وهو ضعيف كما قال الترمذى، وابن عدى، والحافظ فى «التقريب».

فصل: وما كسب العبد من المباح، أو وهب له فقبله ، ملكه مولاه، لأنه كسب ماله فملكه، كصيد فهده . وإن ملّكه سيده مالا ، ملكه، لقول النبي ﷺ : «**من باع عبداً وله مال، فماله للبائع**»[1]، ولأنه يملك البضع فملك المال، كالحر. وعنه: لا يملك، لأنه مال فلم يملك المال كالبهيمة. فإن ملكه سيده جارية لم يملك وطأها قبل الإذن فيه ، لأن ملكه غير تام ، فإن أذن له فيه ، ملكه . قال أبو بكر: على كلتا الروايتين، لأنه يملك الاستمتاع بالنكاح، فملكه بالتسرى كالحر. وقال القاضي: بل هذا بناء على الرواية التي يملك المال ، ولا يملك ذلك على الأخرى لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦]. وإن لزمته كفارة، فكفارته الصيام لا غير إن لم يأذن له سيده فى التكفير بالمال . وإن أذن له فيه، انبنى على الروايتين فى ملكه . فإن قلنا : لا يملك ، لم يُكفِّر بغير الصيام . وإن قلنا : يملك ، فله التكفير بالإطعام والكسوة ، وفى العتق وجهان: أحدهما- يملكه، قياساً على الإطعام والكسوة . والثاني- لا يملكه ، لأنه يتضمن الولاء ، والعبد ليس من أهله. فعلى الأول إن أذن له فى التكفير بإعتاق نفسه فهل يجزئه ؟ على وجهين.

باب
المساقاة

تجوز المساقاة على النخل ، وسائر الشجر بجزء معلوم ، يجعل للعامل من الثمر ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر أو زرع[2] متفق عليه . ولأنه مال ينمى بالعمل عليه ، فجازت المعاملة عليه ببعض نمائه ، كالأثمان ، ولا تجوز على ما لا يثمر . كالصفصاف، ولأن موضوعها على

(١) سبق تخريجه (٥٤/٢).
(٢) سبق تخريجه (١٨٥/٢).

أن للعامل جزءاً من الثمرة ، وفي المساقاة بعد ظهور الثمرة روايتان، حكاهما أبو الخطاب، إحداهما- الجواز إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة ، لأنها جازت في المعدومة مع كثرة الغرر ، فمع قلته أولى . والثانية- المنع ، لإفضائها إلى أن يستحق جزءاً من النماء الموجود قبل العمل ، فلم يصح كالمضاربة بعد الربح . وإن ساقاه على شجر يغرسه ، ويعمل عليه حتى يحمل فيكون له جزء من الثمرة ، جاز . نص عليه ، لأن الثمرة تحصل بالعمل عليها كما تحصل على النخل المغروس ، ولا تصح إلا على شجر معين معلوم برؤية ، أو صفة ، لأنها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الأعيان ، فأشبهت المضاربة . ولو قال : ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح.

فصل: ظاهر كلام أحمد: أنها عقد جائز ، لما روى أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، فقال رسول الله ﷺ : **«نقرهم على ذلك ما شئنا»**[1] رواه مسلم. فلو كانت لازمة ، لقدر مدتها ، ولم يجعل إخراجهم إليه إذا شاء ، ولأنه عقد على مال بجزء من نمائه فكان جائزا كالمضاربة، ولذلك لا تفتقر إلى ضرب مدة . وإن وقتاها ، جاز ، كالمضاربة ، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه ، وفسخه لها . فإن انفسخت بعد ظهور الثمرة ، فهي بينهما ، لأنها حدثت على ملكيهما ، وعلى العامل تمام العمل ، كعامل المضاربة إذا انفسخت قبل أن ينض المال . وإن انفسخت قبل ظهورها ، بفسخ العامل، فلا شيء له ، لأنه رضي بإسقاط حقه . وإن انفسخت بغير ذلك ، فللعامل أجرة مثله ، لأنه مُنِع إتمام عمله الذي يستحق به العوض ، فصار كعامل الجعالة . وقال بعض أصحابنا : هو لازم ، لأنه عقد معاوضة فكان لازماً ،كالإجارة فعلى هذا تفتقر إلى تقدير مدتها كالإجارة . ويجب أن تكون المدة تكمل الثمرة في مثلها ، لأن المقصود اشتراكهما في الثمرة ، فلا تحصل بدون ذلك

---

(١) سبق تخريجه (٢/١٨٥).

فإن شرطا مدة لا تكمل فيها، فعمل العامل، ففيه وجهان: أحدهما- لا شئ له ، لأنه رضي بالعمل بغير عوض ، فأشبه المتطوع . والثاني- له أجر مثله ، لأنه يقتضى العوض ، فلم يسقط بالرضى بتركه، كالوطء في النكاح . وإن جعلا مدة يحمل في مثلها ، فلم يحمل، فلا شئ له ، لأنه عقد صحيح ، فيه مسمى صحيح ، فلم يستحق غيره . كعامل المضاربة إذا لم يربح . وإن جعلا مدة قد يكمل فيها ، وقد لا يكمل ، ففيه وجهان: أحدهما- يصح ، لأنها مدة يرجى وجود الثمرة فيها ، فصح العقد عليها ، كالتي قبلها . والثاني- لا يصح ، لأنه عقد على معدوم وليس الغالب وجوده ، فلم يصح ، كالسلم في مثله . فعلى هذا ، إن عمل ، استحق الأجر ، لأنه لم يرض بالعمل بغير عوض ، ولم يسلم له ، فرجع إلى بدله ، كالإجارة الفاسدة .

فصل: ويجوز عقد المساقاة والإجارة على مدة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت ، لأنه عقد يجوز عاماً ، فجاز أكثر منه ، كالكتابة . فإذا عقدها على أكثر من عام ، لم يجب ذكر قسط كل سنة ، كما لو اشترى أعياناً بثمن واحد . وإن قدر قسط كل سنة ، جاز . وإن اختلفت ، نحو أن يقول : ساقيتك ثلاثة أعوام على أن لك نصف ثمرة العام الأول ، وثلث الثانية ، وربع الثالثة فإذا انقضت المدة قبل اطلاع ثمرة العام الآخر ، فلا شئ للعامل منها ، لأنها حدثت بعد مدته ، وإن ظهرت في مدته تعلق حقه بها لحدوثها في مدته .

فصل: وحكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة في الجزء المشروط للعامل في كونه معلوماً مشاعاً من جميع الثمرة . وفي الاختلاف في قدره وفساد العقد بجهله، وشرط دراهم لأحدهما ، أو ثمر شجر معين ، أو عمل رب المال ، أو غلمانه ، وفي ملكه للنماء بالظهور ، لأنه عقد على العمل في مال ببعض نمائه ، فأشبه المضاربة ، ولو شرط له ثمرة عام غير الذى عامله فيه ، لم يصح ، كما لو شرط للمضارب ربح مال غير المضاربة . وإن قال : إن سقيته سيحاً[1] ، فلك الثلث ، وإن سقيته بنضح ،

(١) أى بالماء الجارى. (اللسان).

فلك النصف ، وإن زرعت في الأرض حنطة ، فلك النصف ، وإن زرعت شعيراً ، فلك الثلث ، لم يصح ، لأنه عقد مجهول ، فلم يصح ، كبيعتين في بيعة . ويتخرج أن يصح بناء على قوله في الإجارة : إن خطته رومياً ، فلك درهم ، وإن خطته فارسياً، فلك نصف درهم .

فصل: وإن ساقاه على بستانين بالنصف من هذا ، والثلث من الآخر ، أو على أنواع جعل له من كل نوع قدراً ، أو جعل له في المزارعة نصف الحنطة وثلث الشعير ، وهما يعلمان قدر كل نوع ، أو كان البستان لاثنين ، فساقياه على نصف ثمرة نصيب أحدهما ، وثلث ثمرة الآخر ، وهم يعلمونه ، صح ، لأنه معلوم فصح ، كما لو كانا في عقدين ، وإن لم يعلموه، لم يصح ، لأنه مجهول . وإن قال : ما زرعت فيها من حنطة فلك نصفه، وما زرعت من شعير فلك ثلثه ، لم يصح ، لأنه مجهول .

فصل: وتنعقد بلفظ المساقاة ، لأنه موضوعها وبما يؤدي معناه ، لأن المقصود المعنى ، ولا يثبت فيها خيار الشرط ، وإن قلنا بلزومها ، لأنه لا يمكن رد المعقود عليه إذا فسخ . وفي خيار المجلس وجهان: أحدهما- لا يثبت ، لأنه لا يثبت فيها خيار الشرط ، فأشبه النكاح . والثاني- يثبت ، لأنه عقد لازم يقصد به المال ، فأشبه البيع.

فصل: ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها ، كالحرث وآلته وبقره واستقاء الماء ، وإصلاح طرقه وقطع الشوك، والحشيش المضر ، واليابس من الشجر، وزبار الكروم[1] ، وتسوية الثمر ، والحفظ والتشميس ، وإصلاح موضعه ، ونحو ذلك. وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل ، كسد الحيطان ، وإنشاء الأنهار ، وحفر بئر الماء وعمل الدولاب ونصبه . قال أصحابنا : والثور الذي يديره ، لأن هذا

---

(١) قال في «المطلع»: الزِّبار ـ بكسر الزاي ـ لم أره في كتب اللغة، وكأنه مولد، وهو في عرف أهل زماننا: تخفيف الكرم من الأغصان الرديئة وبعض الجيدة بقطعها بمنجل ونحوه. اهـ.

يراد لحفظ الأصل، ولهذا من أراد إنشاء بستان، عمل هذا كله. وقيل: ما يتكرر فى كل عام فعلى العامل، وما لا يتكرر ، فعلى رب المال. والجذاذ والحصاد واللقاط على العامل نص عليه، لأن النبى ﷺ دفع خيبر إلى يهود ، على أن يعملوها من أموالهم، وهذا من العمل مما لا تستغنى عنه الثمرة، أشبه التشميس. وعنه: أن الجذاذ عليهما، لأنه يوجد بعد تكامل النماء، وهذا ينتقض بالتشميس. فإن شرط على أحدهما ما يلزم الآخر ، فقد نص أحمد: على أن الجذاذ عليهما، ويصح شرطه على العامل، فيخرج فى سائر العمل مثل ذلك ، قياساً عليه. وقال القاضى: تفسد المساقاة، لأنه ينافى مقتضاها ، أشبه ما لو شرط عمل المضارب على رب المال.

فصل: والعامل أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف ، أو يدعى عليه من جناية ، أو تفريط . وإن ثبتت جنايته ، ضم إليه من يشرف عليه ، ولا تزال يده عن العمل ، لأنه يمكن استيفاؤه منه ، فإن لم يتحفظ ، استؤجر من ماله من يعمل عنه ، لأنه تعذر استيفاؤه منه ، فاستوفى بغيره . وإن هرب ، فهو كفسخه إن قلنا بجواز العقد ، وإن قلنا بلزومه، رفع الأمر إلى الحاكم ، ليستأجر من ماله من يعمل عنه . فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه ، فإن لم يجد ، فللمالك الفسخ ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، فأشبه ما لو استأجر داراً فتعذر تسليمها ، ثم إن فسخ قبل ظهور الثمرة ، فلا شئ للعامل ، لأن الفسخ لأمر من جهته ، وإن كانت ظاهرة ، فهى بينهما . وإن لم يفسخ رب المال ، استأذن الحاكم فى الإنفاق ، ثم رجع بما أنفق ، فإن لم يجد حاكماً ، أشهد على الإنفاق بشرط الرجوع ، ورجع به ، لأنه حال ضرورة . وإن أنفق من غير استئذان الحاكم مع إمكانه ، ففى الرجوع وجهان ، بناء على قضاء دينه بغير إذنه . وإن عجز العامل عن العمل ، لضعفه أو عن بعضه ، أقام مقامه من يعمله ، فإن لم يفعل ، فهو كهربه ، وإن استأذنه رب المال ، فأنفق بإذنه ، رجع عليه.

فصل: فإن مات العامل ، أو رب المال ، وقلنا : يلزم العقد ، قام الوارث مقامه لأنه عقد لازم ، أشبه الإجارة . فإن كان الميت العامل ، فأبى الوارث الإتمام، أو لم

يكن وارث ، استؤجر من التركة من يعمل ، فإن لم يجد تركة ، فلرب المال الفسخ ، ولا يقترض عليه . لأنه لا ذمة له . وإن فسخ ، فالحكم على ما ذكرنا.

فصل: فإن بان الشجر مستحقاً ، رجع العامل على من ساقاه بالأجر ، لأنه لم يسلم له العوض ، فرجع على من استعمله . وإن كانت الثمرة باقية ، أخذها ربها، وإن كانت تالفة ، ضمنها لمن شاء منهما ، فإن ضمنها للغاصب ، ضمنه جميعها، لأنه حال بينه وبينها ، وإن ضمنها العامل ، ضمنه النصف ، لأنه لم يحصل في يده غيره ، ويحتمل أن يضمنه الجميع ، لأن يده ثبتت عليه ، وعمل فيه ، فضمنه ، كعامل القراض .

بَابُ
المزارعَة

وهي دفع الأرض إلى من يزرعها بجزء من الزرع . وتجوز في الأرض البيضاء والتي بين الشجر ، لخبر ابن عمر ، وما ذكرنا في المساقاة . وأيهما أخرج البذر ، جاز لأن النبي ﷺ دفع خيبر معاملة ، ولم يذكر البذر، وفي ترك ذكره دليل على جوازه من أيهما كان ، وفي بعض لفظ الحديث ما يدل على أنه جعل البذر عليهم ، لقول ابن عمر رضي الله عنه: دفع رسول الله ﷺ نخل خيبر وأرضها إليهم على أن يعملوها من أموالهم. رواه مسلم . وفي لفظ : على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها[١] ، وعن عمر رضي الله عنه : أنه كان يدفع الأرض على أن من أخرج البذر ، فله كذا ومن لم يخرجه ، فله كذا[٢] ، وظاهر مذهب أحمد : أنه يشترط كون البذر من رب

---

(١) سبق تخريجه (١٨٥/٢).

(٢) **ضعيف.** رواه البخاري تعليقاً في الحرث والمزارعة باب المزارعة بالشطر بنحوه، ووصله ابن أبي شيبة (٥٥٠/١٤) عن أبي خالد الأحمر، عن يحيى بن سعيد أن عمر رضي الله عنه فذكره. وهو مرسل كما قال =

الأرض ، لأنه عقد يشترك رب المال والعامل فى نمائه ، فوجب أن يكون رأس المال من رب المال ، كالمساقاة والمضاربة ، فإن شرطه على العامل ، أو شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقى ، فسدت المزارعة ، ومتى فسدت المزارعة، فالزرع لصاحب البذر ، لأنه من عين ماله ، ولصاحبه عليه أجرة مثله .

فصل: فإن دفع بذراً إلى ذى أرض ليزرعه فيها بجزء ، لم يصح ، لأن البذر لا من العامل ولا من رب الأرض . وإن قال : أنا أزرع أرضى ببذرى وعواملى على أن أسقيها من مائك بجزء ، لم يصح ، لأن المزارعة معاملة على الأرض ، فيجب أن يكون العمل فيها من غير صاحبها . وعنه: يصح ، اختارها أبو بكر لأنه لما جاز أن يكون عوض العمل جزءاً مشاعاً ، جاز أن يكون عوض الماء كذلك . وإن كانوا ثلاثة من أحدهم الأرض، ومن آخر العمل ، ومن آخر البذر ، والزرع بينهم ، فهى فاسدة لما ذكرنا فى أول الفصل .

فصل: فإن قال : أجرتك هذه الأرض بثلث الخارج منها . فقال أحمد: يصح. واختلف أصحابنا ، فقال أكثرهم : هى إجارة صحيحة ، يشترط فيها شروط الإجارة. وقال أبو الخطاب : هذه مزارعة بلفظ الإجارة ، فيشترط فيها شروط المزارعة وحكمها حكمها ، لأن النبى ﷺ قال: **«من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ، ولا بربع ، ولا بطعام مسمى»**[1] رواه أبو داود، ولأن هذا مجهول فلم يجز أن يكون عوضاً فى الإجارة، كثلث نماء أرض أخرى .

= الحافظ فى «الفتح» (١٢/٥)، ورواه البيهقى (١٣٥/٦)، والطحاوى فى «شرح المعانى» (١١٤/٤) من طريق عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب بعث يعلى بن منية إلى اليمن ـ الحديث وهو مرسل أيضاً.

(١) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٣٩٥]، وأحمد (٤٦٥/٣) من حديث رافع بن خديج ﷺ وهذا اللفظ هو أحد ألفاظ حديث رافع بن خديج الذى رواه البخارى [٢٧٢٢]، ومسلم [١٥٤٧]، وقد صحح الإمام أحمد كل طرق هذا الحديث كما فى «المسند» (١٤٣/٤).

فصل: وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا ، من الجواز واللزوم ، وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها ، لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها . وإن كانت الأرض ذات شجر فقال : ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف ، أو قال : ساقيتك على الشجر بالنصف ، وزارعتك الأرض بالثلث ، جاز ، لأنهما عقدان ، يجوز إفرادهما ، فجاز جمعهما ، كبيعتين .

فصل: ومتى سقط من الحب شئ ، ثم نبت في عام آخر ، أو سقط من حب المستأجر ، ثم نبت في عام آخر ، فهو لصاحب الأرض ، لأن صاحب الحب سقط حقه منه بحكم العرف ، بدليل أن لكل أحد التقاطه ، فيسقط كما لو سقط النوى ، فنبت شجراً .



كتاب
الإجارة

وهي بيع المنافع ، وهي جائزة في الجملة ، لقول الله تعالى: ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ ﴾ [القصص: ٢٦]. وقول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦]. ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان ، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع. وتنعقد بلفظ الإجارة، والكرى، لأنه لفظ موضوع لها . وفي لفظ البيع وجهان: أحدهما- تنعقد، لأنها صنف منه. والثاني- لا تنعقد به ، لأنها تخالفه في الاسم والحكم، فلم تنعقد بلفظه، كالنكاح.

فصل: ويجوز إجارة الظئر[1] للرضاع ، والراعي لرعاية الغنم ، للآيتين. واستئجار الدليل ، ليدل على الطريق ، لأنه ثبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً - والخريت الماهر بالهداية - وهو على دين كفار قريش ، وأمناه فدفعا إليه راحلتيهما ، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا[2] . رواه أحمد والبخاري . وإجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقاء عينها دائماً ، قياساً على المنصوص عليه . ويجوز إجارة النقود للتحلي والوزن ، واستئجار شجر ليجفف عليها الثياب ، والغنم لتدوس الزرع والطين، لأنها منفعة مباحة يجوز أخذ العوض عنها في غير هذه الأعيان ، فجاز فيها، كالبيع. ولا يجوز عقدها على مالا نفع فيه ، مثل أن يستأجر للزرع سبخة لا تنبت، أو لا ماء لها يكفي . فإن كان لها ماء معتاد ، كماء العيون والأنهار ، والمد بالبصرة

---

(١) هي المرأة الأجنبية التي ترضع ولد غيرها. (المصباح).

(٢) رواه البخاري [٢٢٦٣]، وأحمد (٦/١٩٨)، والبيهقي (٦/١١٨)، من حديث عائشة رضي الله عنها .

والمطر في موضع يكتفي به ، جاز . وإن كانت الأرض على نهر تسقى بزيادته كالنيل والفرات ، وتسقيها الزيادة المعتادة ، جازت إجارتها ، لأن الغالب وجودها ، فهي كالمطر لغيرها ، وإن كان لا يسقيها إلا زيادة نادرة فاستأجرها بعد الزيادة صح، لأنها معلومة . وإن استأجرها قبلها ، لم تصح، لأنه لا يعلم وجودها ، فهي كبيع الطير في الهواء . وإن استأجرها ، ولم يذكرها للزراعة، وكانت تصلح لغيرها ، صح . وإن لم تصلح لغيرها ، لم يصح ، لأن نفعها معدوم . وإن غرقت الأرض فاكتراها لزرع مالا ينبت في الماء ، كالحنطة ، وللماء مغيض يمكن فتحه فينحسر الماء ، ويمكن زرعها ، صح، لأنه يمكن زرعها بفتحه، كما يمكن سكنى الدار بفتحها. وإن علم أنه ينحسر عادة، صح ، لأنه يعلم بالعادة إمكان الإنتفاع بها. وإن لم يعلم هل ينحسر أو لا ؟ ، لم يصح ، لما ذكرنا. وإن اكترى أرضاً على نهر تغرق بزيادته المعتادة ، لم يصح ، لأنه غير منتفع بها عادة . وإن كانت بخلاف ذلك، صح .

فصل: ولا يجوز عقد الإجارة على المنافع المحرمة ، كالغناء والنياحة والزمر . ولا إجارة داره لمن يتخذها كنيسة ، أو بيت نار ، أو يبيع فيها الخمر ونحوه ، لأنه محرم ، فلم تجز الإجارة لفعله ، كإجارة الأمة للزنى . ولا يجوز استئجار رجل ليكتب له غناء أو نوحاً، أو شيئاً محرماً لذلك ، ولا يجوز استئجاره ليحمل خمراً ، لشربها لذلك . وعنه فيمن حمل خنزيراً ، أو ميتة لنصراني: أكره أكل أجرته. ولكن يقضى له بالكراء ، وإذا كان لمسلم ، فهو أشد . قال القاضي : هذا محمول على أنه استأجره ليريقها ، أما للشرب، فمحظور ، لا يحل أخذ الأجرة عليه . وإن استأجر حجاماً ليحجمه ، جاز لأن النبي ﷺ حجمه أبو طيبة، فأعطاه أجره.[1] متفق عليه . قال ابن عباس : ولو كان حراماً ما أعطاه أجره [2]. ويكره للحر أكل أجره ، لقول النبي ﷺ : «كسب الحجام خبيث»[3]، وقال: «أطعمه

(١) رواه البخاري [٢١٠٢]، ومسلم [١٥٧٧]، وأبو داود [٣٤٢٤]، والترمذي [١٢٧٨]، وأحمد (١٠٠/٣) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه .

(٢) رواه البخاري [٢١٠٣]، ومسلم [١٢٠٢] كتاب المساقاة، وأبو داود [٣٤٢٣] وأحمد(٣٥١/١).

(٣) رواه مسلم [١٥٦٨]، وأبو داود [٣٤٢١]، والترمذي [١٢٧٥]، وأحمد (٤٦٤/٣)، من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه .

عبدك وخادمك»[١] وقال القاضي : لا تصح إجارته لهذا الحديث .

فصل: ولا يجوز إجارة الفحل للضراب ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل[٢] أخرجه البخاري . ولأن المقصود منه الماء الذى يخلق منه الولد ، وهو محرم ، لا قيمة له ، فلم يجز أخذ عوضه كالدم . ولا يجوز إجارة النقود ، ليجمل بها الدكان ، لأنها لم تخلق لذلك ، ولا تراد له ، فبذل العوض فيه من السفه ، وأخذه من أكل المال بالباطل ، وكذلك استئجار الشمع للتجمل به ، أو ثوب ليوضع على سرير الميت، لا يجوز ذلك .

فصل: ولا يجوز عقد الإجارة على ما تذهب أجزاؤه بالانتفاع به ، كالمطعوم ، والمشروب ، والشمع يسرجه ، والشجر يأكل ثمرته ، والبهيمة يحلبها ، لأن الإجارة عقد على المنافع ، فلا تجوز لاستيفاء عين ، كما لو استأجر ديناراً لينفقه، إلا فى الظئر يجوز للرضاع ، لأن الضرورة تدعو إليه ، لبقاء الآدمى ، ولا يقوم غيرها مقامها.

فصل: ولا يجوز إجارة ما يسرع فساده ، كالرياحين ، لأنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها دائماً ، فجرت مجرى المطعوم ، فإن كان مما تبقى عينه دائماً كالعنبر ، جازت إجارته للشم ، لما تقدم .

فصل: وما يختص فاعله أن يكون من أهل القربة ، وهم المسلمون ، كالحج وتعليم القرآن ، ففيه روايتان: إحداهما- يجوز الإستئجار عليه، لقول النبي ﷺ : «**أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله**»[٣] رواه البخاري، وأباح أخذ الجعل عليه ، ولأنه فعل مباح ، فجاز أخذ الأجرة عليه ، كتعليم الفقه . والثانية- لا يجوز ؛ لقول

---

(١) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٤٢٢]، والترمذي [١٢٧٧]، وابن ماجه [٢١٦٦]، وأحمد (٥/٤٣٥) من حديث حرام بن سعد بن محيصة عن أبيه. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقال الحافظ فى «الفتح» (٤/٤٥٩): رجاله ثقات.

(٢) رواه البخاري [٢٢٨٤]، وأبو داود [٣٤٢٩]، والترمذي [١٢٧٣]، والنسائي (٧/٢٧٣).

(٣) رواه البخاري [٥٧٣٧]، وابن حبان [٥١٤٦]، والبيهقي (٦/١٢٤)، من حديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما .

النبي ﷺ لعثمان بن أبي العاص: «واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً»[1] رواه أبو داود . ولأنه لا يقع إلا قربة لفاعله ، فلم يجز أخذ العوض عليه كالصلاة . فأما الاستئجار لتعليم الفقه والشعر المباح فيجوز ، لأن فاعله لا يختص أن يكون من أهل القربة ، فجاز كبناء المساجد . وفي إجارة المصحف وجهان بناء على بيعه .

فصل: قال بعض أصحابنا : لا يجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجراه معاً ، لأنه لا يمكنه تسليم حصته إلى المستأجر ، إلا بموافقة الشريك . وقال أبو حفص : يجوز ، لأنه يصح بيعه ورهنه ، فصحت إجارته ، كالمفرز .

فصل: ولا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي ، نص عليه ؛ لأن علياً رضي الله عنه أجر نفسه يهودياً ، يستقي له كل دلو بتمرة ، وأخبر به النبي ﷺ فلم ينكره ، وأكل أجره[2] . ولا يؤجر نفسه لخدمته ، لأنه يتضمن إذلال المسلم للكافر فلم يجز كبيعه إياه ، ويتخرج الجواز ، لأنه عاوضه عن منفعته ، فجاز ، كإجارته لعمل شئ.

فصل: والإجارة علي ثلاثة أضرب . إجارة عين معينة ، كالدور ، وموصوفة في الذمة ، كبعير للركوب ، وعقد على عمل في الذمة ، كخياطة ثوب وحمل متاع ، لأن البيع يقع في عين حاضرة وموصوفة ، ومقدر معلوم ، كقفيز من صبرة، فكذلك الإجارة . فإن كانت الإجارة، لعين معينة ، اشترط معرفتها برؤية أو صفة إن كانت تنضبط بالصفات ، كالحيوان ، فإن لم تنضبط كالدار والأرض ، فلابد من رؤيتها ، كما يشترط ذلك في البيع . وفي استئجار عين لم يرها ، ولم توصف له وجهان ، بناء على بيعها . ويشترط معرفة المنفعة ، فإن كان لها عرف ، كسكنى الدار ، لم

---

(١) سبق تخريجه (١/ ١٣٠).

(٢) **ضعيف**. رواه ابن ماجه [٢٤٤٦]، والبيهقي (١١٩/٦) من طريق حنش، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما وإسناده ضعيف، فيه حنش وهو الحسين ابن قيس وهو متروك، كما في «التقريب»، وبهذه العلة ضعفه صاحب «التنقيح» كما في (نصب الراية ـ ١٣٢/٤)، والبوصيري في الزوائد [٨٦٣]، ورواه أحمد (١/ ٩٠، ١٣٥)، والبيهقي (١١٩/٦) من طريق مجاهد عن علي به. وإسناده ضعيف أيضاً فيه شريك القاضي، ومجاهد لم يسمع من علي كما قال أبو حاتم وأبو زرعة في «المراسيل» لابن أبي حاتم (ص:٢٠٦).

يحتج إلى ذكرها ، لأنها لا تكترى[١] إلا لذلك فاستغنى عن ذكرها ، كالبيع بثمن مطلق ، في موضع فيه نقد معروف. وإن اكترى أرضاً ، احتاج إلى ذكرما يكترى له، من غراس أو بناء، أو زرع، لأنها تكترى لذلك كله ، وضرره يختلف ، فوجب بيانه وإن أجرها للزرع مطلقاً ، صح ، وله زرع ما شاء ، لأنه يجوز أن يستأجرها لأعظم الزرع ضرراً ، فإذا أطلق العقد تناوله بإطلاقه ، ودخل فيه ما دونه . وإن قال : ازرعها ما شئت ، فهو أولى بالصحة ، لتصريحه بذلك. وإن اكتراها لزرع معين ، فله زرعه ومثله في الضرر ودونه ، لأن الزرع إنما ذكر لتقدير منفعة الأرض ، فلم يتعين ؛ كما لو اكترى للسكنى ، كان له أن يسكن غيره . وإن قال: لتزرعها أو تغرسها، لم يصح ، لأنه لم يعين ، أشبه ما لو باعه أحد هذين العبدين وإن قال: لتزرعها وتغرسها ما شئت ، صح، وله ما شاء منهما ، لأنه جعلهما له ، فملكهما كالنوع الآخر.

فصل: وإن اكترى ظهراً للركوب ، اشترط معرفته ، برؤية أو صفة ، لأنه يصح بيعه بهما ، وذكر المهملج والقطوف من الخيل، لأن سيرهما يختلف ، ومعرفة ما يركب به من سرج أو غيره ، لأنه يختلف بالمركوب والراكب ، ولا يحتاج إلى ذكر الذكورية والأنوثية ، فإن التفاوت بينهما يسير . وقال القاضي : يفتقر إلى معرفته لتفاوتهما . ولابد من معرفة الراكب برؤية أو صفة ، ذكره الخرقي ، لأن الصفة تكفى في بيع مثله ، وقال الشريف : لا يجزئ فيه إلا الرؤية ، لأن الصفة لا تأتي عليه . ولابد من معرفة المحامل والأغطية والأوطئة والمعاليق ، كالقدر والسطيحة ونحوها، إما برؤية أو صفة ووزن . وإن اكترى ظهراً لعمل في مدة ، كالحراثة والدياس[٢] والسقى والطحن ، اشترط معرفة الظهر بالتعيين أو الصفة ، لأن العمل يختلف باختلافه . وإن استأجره على عمل معين ، كحراثة قدر من الأرض ، ودياس زرع معين ، وطحن قفزانٍ معلومة ، لم يحتج إلى معرفة الظهر ، لأنه لا يختلف . ويحتاج في الطحن إلى معرفة الحجر ، وفي السقى إلى معرفة البئر ، والدولاب ، لأنه

---

(١) الكراء، بالمد، أي الأُجْرة. (المصباح).

(٢) يقال داس الزرع دياساً بمعنى: درسه، أي: دقه ليتخلص الحب من القشر. (المطلع).

يختلف. وإن اكترى لحمل متاع ، لم يحتج إلى ذكر جنس الظهر ، لعدم الغرض في معرفته. ويشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة ، فيذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه ، لأن ضرره يختلف ، وقدره بالوزن إن كان موزوناً ، أو بالكيل إن كان مكيلاً ، لأن البيع يصح بكلا الطريقين. وإن ذكر وزن المكيل ، فهو أحصر . وإن دخلت الظروف في وزن المتاع، استغنى عن ذكرها ، وإن لم تدخل وكانت معروفة لا تختلف كثيراً ، صح من غير تعيينها ، لأن تفاوتها يسير . وإن اختلفت كثيراً ، اشترط معرفتها بالرؤية، أو الصفة لذلك . ولو اكترى ظهراً ليحمل عليه ما شاء ، لم يصح ، لأنه يدخل في ذلك ما يقتل البهيمة ، وإن شرط أن يحمل عليها طاقتها ، لم يصح، لأنه لا ضابط له .

فصل: وإن استأجر راعياً مدة ، صح ، لأن موسى عليه السلام أجر نفسه لرعاية الغنم ثماني سنين[١] . ويشترط معرفة الحيوان ، لأن لكل جنس تأثيراً في إتعاب الراعي، ويجوز أن يكون على معين ، وعلى موصوف في الذمة ، فإن كان على موصوف، اشترط ذكر العدد ، لأن العمل يختلف به . وإن استأجر ظئراً ، اشترط معرفة الصبي بالتعيين ، لأن الرضاع يختلف به ، ولا تأتي عليه الصفة. وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً ، أو نهراً ؛ اشترط معرفة الأرض ، لأن الغرض يختلف باختلافها ومعرفة الطول والعرض ، والعمق ، لأن الغرض يختلف بذلك. وإن استأجره لبناء حائط ، اشترط ذكر طوله وعرضه وعلوه ، وآلته من لبن وطين وغيره لأن الغرض يختلف بذلك كله . وإن استأجره لضرب لبن ، اشترط معرفة الماءوالتراب والطول والسمك والعرض والعدد . وعلى هذا جميع الأعمال التي يستأجر عليها . فإن كان في ما يختلف فيه الغرض ما لا يعرفه ، رجع فيه إلى أهل الخبرة به ، ليعقد على شرطه كما لو أراد النكاح ، من لا يعرف شروطه ، رجع إلى من يعرف ليعرفه شروطه. وإن عجز عن معرفته ، وكّل فيه من يعرفه ليعقده .

---

(١) سيأتي تخريجه إن شاء الله (٢/٢١٥).

فصل: ويشترط معرفة قدر المنفعة ، لأن الإجار ة بيع ، والبيع لا يصح إلا فى معلوم القدر ، ولمعرفتها طريقان: أحدهما- تقدير العمل ، كخياطة ثوب معين ، والركوب ، أو حمل شئ معلوم إلى مكان معين . والثاني- تقدير المدة كسكنى شهر فإن كانت المنفعة لا تتقدر بالعمل ، كالتطيين والتجصيص ، فإن مقداره يختلف فى الغلظ والرقة . وما يروى الأرض من الماء ، يختلف باختلاف الأرض واحتياجها إلى الماء. وما يشبع الصبى فى الرضاع، ويختلف باختلاف الصبيان ، والأحوال. والسكنى ونحوها، فلا يجوز تقديرها إلا بالمدة لتعذر تقديره بالعمل . وما يتقدر بالعمل، كاستئجار الظهر للحرث والحمل والطحن والدياس ، والعبد للخدمة ، جاز تقديره بالعمل ، فإن شرط تقديره بالعمل والمدة فقال : استأجرتك لتحرث لى هذه الأرض فى شهر ، لم يصح ، لأنه إن حرثها فى أقل من شهر ، أو فرغ الشهر قبل حرثها ، فطولب بتمام ما بقى ، كان زيادة على المشروط . وإن لم يتم ، كان نقصاً. وعن أحمد ما يدل على الصحة ، لأن الإجارة معقودة للعمل، والمدة مذكورة للتعجيل ، فجاز كالجعالة . ويشترط فيما قدر بمدة ، معرفة المدة ، لأنها الضابطة للمعقود عليه فإن قدرها بسنة أو شهر ، كان ذلك بالأهلة ، لأنها المعهودة فى الشرع ، فوجب حمل المطلق عليها ، فإن كان ذلك فى أثناء شهر ، عد باقيه ، ثم عد أحد عشر شهراً بالهلال ، ثم كمل الأول بالعدد ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر إتمامه بالهلال فكمل بالعدد ، وحكى فيه رواية أخرى- أنه يستوفى الجميع بالعدد ، لأنه يجب إتمام الشهر مما يليه ، فيصير ابتداء الثانى فى أثنائه ، وكذلك ما بعده . وإن عقد على سنة رومية ، وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وربع ، وهما يعلمان ذلك جاز، وإن جهلاها أو أحدهما ، لم يصح ، لأن المدة مجهولة عنده . والحكم فى مدة الإجارة ، كالحكم فى مدة السلم فيما مضى فيه .

فصل: ويجوز الإجارة فى مدة لا تلى العقد ، مثل أن يؤجره شهر رجب وهو فى صفر ، سواء كانت فارغة أو مؤجرة مع المستأجر ، أو غيره لأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز عليها مفردة ، كالتى تلى العقد . ويحتاج إلى ذكر ابتدائها ، لأنها أحد طرفى المدة ، فاحتيج إلى معرفتها كالانتهاء ، فإن كانت تلى العقد فابتداؤها منه ، ولا يحتاج إلى ذكرها ، لأنها معلومة .

فصل: فإن قال : أجرتكها كل شهر بدرهم، فالمنصوص أنه صحيح ، وذهب إليه الخرقي والقاضي، لكن تصح في الشهر الأول بإطلاق العقد ، لأنه معلوم يلي العقد وأجرته معلومة ، وما بعده يصح العقد فيه بالتلبس به ، ولكل واحد منهما الفسخ عند تقضي كل شهر ، لأن علياً أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة ، وجاء به إلى النبي عليه السلام فأكل منه(١) ، وذهب أبو بكر وجماعة من أصحابنا إلى بطلانه ، لأن العقد على كل الشهور ، وهي مبهمة مجهولة ، فلم يصح كما لو جعل أجرتها في الجميع شيئاً واحداً .

فصل: ويشترط في صحة الإجارة ذكر الأجرة ، لأنه عقد يقصد فيه العوض فلم يصح من غير ذكره كالبيع . ويشترط أن تكون معلومة لذلك ، ويحصل العلم بالمشاهدة أو بالصفة كالبيع . وفيه وجه آخر ، لابد من ذكر قدره وصفته ، لأنه ربما انفسخ العقد ، ووجب رد عوضه بعد تلفه ، فاشترط معرفة قدره ليعلم بكم يرجع ، كرأس مال السلم ، وقد ذكرنا وجه الوجهين في السلم . وتجوز بأجرة حالة ومؤجلة لأن الإجارة كالبيع ، وذلك جائز فيه ، فإن أطلق العقد وجبت به حالة ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لأنها عوض في معاوضة ، فتستحق بمطلق العقد كالثمن. وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة ، استحق استيفاء الأجرة عند إيفاء العمل، لقول النبي ﷺ : «**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**»(٢) ولأنه أحد العوضين، فلزم تسليمه عند تسليم الآخر كالبيع ، وإن شرطا تأجيلها ، جاز إلا أن يكون العقد على منفعة في الذمة ، ففيه وجهان: أحدهما- يجوز، لأنه عوض في الإجارة ، فجاز تأجيله ، كما لو كان على عين . والثاني- لا يجوز ، لأنه عقد على ما في الذمة ،

---

(١) سبق تخريجه (٢/٢١٠).

(٢) **حسن**. رواه ابن ماجه [٢٤٤٣] من طريق وهب بن سعيد بن عطية، عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر ﷺ، وإسناده ضعيف فيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، ووهب بن سعيد وهما ضعيفان، كما قال البوصيري في «الزوائد»[٨٦٠]، ورواه أبو يعلى [٦٦٨٢]، والبيهقي (١٢١/٦) من طريق عبد الله بن جعفر، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة ﷺ وإسناده ضعيف فيه عبد الله بن جعفر، والد علي بن المديني، وهو ضعيف كما في «التقريب»، ورواه الطحاوي في «شرح المشكل» [٣٠١٤]، والبيهقي (١٢١/٦) من حديث أبي هريرة ﷺ، والحديث يكتسب بكثرة طرقه قوة، كما قال المنذري في «الترغيب» (٢٤/٣)، وحسنه البغوي في «مصابيح السنة» [٢٢٠١]، والمناوي في «الفيض» (٥٦١/١).

فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم .

فصل: ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته ، سواء جعل ذلك جميع الأجرة أو بعضها ، لأن النبى ﷺ قال : «**رحم الله أخى موسى ، أجر نفسه ثمانى سنين ، على طعام بطنه وعفة فرجه**»[١] رواه ابن ماجه، ولأن العادة جارية به من غير نكير ، فأشبه الإجماع . فإن قدر الطعام والكسوة ، فحسن ، وإن أطلق ، جاز، ويرجع فى القوت إلى الإطعام فى الكفارة ، وفى الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ، ولأن لذلك عرفاً فى الشرع ، فحمل الإطلاق عليه .

فصل: وإذا استوفى المنفعة ، استقرت الأجرة ، لأنه قبض المعقود عليه ، فاستقر بدله ، كما لو قبض المبيع . وإن سلم إليه العين مدة يمكن الاستيفاء فيها ، استقرت الأجرة، لأن المعقود عليه تلف تحت يده ، فأشبه تلف المبيع تحت يده ، وإن عرض عليه العين ومضت مدة ، يمكن الاستيفاء فيها ، استقرت الأجرة ، لأن المنافع تلفت باختياره ، فأشبه تلف المبيع بعد عرضه على المشترى ، وإن كان العقد على عمل فى الذمة ، لم تستقر الأجرة إلا باستيفاء العمل ، لأنه عقد على ما فى الذمة ، فلم يستقر عوضه إلا ببذل التسليم كالمسلم فيه، وإن كان العقد فاسداً ، لم يستقر ببذل التسليم ، كما لا يستقر ببذل المبيع ، ويجب باستيفائها ، لأنه استوفاها بشبهة عقد . وإن قبض العين ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها ، ففيه روايتان . أحدهما– لا يجب شئ ، لأنه عقد فاسد على منفعة لم يستوفها ، فلم يجب العوض كالنكاح ، والثانية– يجب أجر المثل ، لأن البيع الفاسد كالصحيح فى استقرار البدل فكذلك الإجارة .

---

(١) **ضعيف.** رواه ابن ماجه [٢٤٤٤] وابن أبى عاصم فى «الآحاد والمثانى» [١٣٧٧] والطبرانى فى «الكبير» (١٣٥/١٧) من طريق بقية عن مسلمة بن على عن سعيد بن أبى أيوب عن الحارث ابن يزيد عن على بن رباح عن عتبة بن الندر ﷺ به. وإسناده ضعيف فيه مسملة بن على وهو متروك، وبقية بن الوليد بن صائد وهو صدوق كثيد التدليس عن الضعفاء كما فى «التقريب» وقد عنعن. ورواه ابن أبى عاصم [١٣٧٨] والبزار [كشف الأستار – ٢٢٤٦] والطبرانى فى «الكبير» (١٣٤/١٧) وابن عساكر فى «تاريخ دمشق» (٣١٥/١٧) من طريق ابن لهيعة عن الحارث بن يزيد عن على بن رباح عن عتبة به وفيه قصة وإسناده ضعيف فيه ابن لهيعة فى حفظه سوء، والحديث ضعفه ابن كثير فى «التفسير» (٣٨٦/٣)، والحافظ فى «الفتح» (٤٤٥/٤) والبوصيرى فى «الزوائد» [٨٦١].

فصل: يجوز أن يكترى الرجلان ظهراً ، يتعاقبان عليه . وأن يكترى الرجل عُقْبة يركب في بعض الطريق إذا كان ذلك معلوماً ، لأنه يجوز العقد على جميعه ، فجاز على بعضه ، كالزمان ، فإن كان فى طريق فيه عادة فى الركوب والنزول ، جاز العقد مطلقاً ، وحمل على العادة ، كالنقد فى البيع ، وإن لم يكن فيه عادة ، اشترط بيان ما يركب ، لأنه غير معلوم ، فوجب بيانه كالثمن . وإن اختلفا فى البادئ منهما ، أقرع بينهما لأنهما تساويا فى الملك ، فقدم أحدهما بالقرعة ، كما فى القسمة .

فصل: إذا دخل حماماً ، أو قعد مع ملاح فى سفينة ، فعليه أجرهما وإن لم يعقدا معه إجارة ، لأن العرف جار بذلك ، فجرى مجرى الشرط ، كنقد البلد . وكذلك إن دفع ثوبه إلى قصار، أو خياط ، منتصبين لذلك ، أو مناد أو رجل معروف بالبيع بالأجر ليبيعه ، فلهم أجر أمثالهم لذلك . وإن دفع كتاباً إلى رجل ليحمله إلى صاحب له بأجر ، فحمله فوجد صاحبه غائباً ، فله الأجر للذهاب ، لأنه فعل ما استأجره عليه ، وللرد ، لأنه بإذنه تقديراً إذ ليس سوى رده إلا تضييعه ، وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده .

فصل: إذا آجره مدة تلى العقد ، لم يجز شرط الخيار ، لأنه يمنع التصرف فيها أو فى بعضها ، فينقص عما شرطاه . وفى خيار المجلس وجهان: أحدهما– لا يثبت، لذلك. والثانى– يثبت، لأنه يسير . وإن كانت لا تلى العقد ، ثبت فيها الخياران لأنها بيع ولا مانع من ثبوته فيها . وكذلك إن كانت على عمل فى الذمة ، أو على منفعة عين فى الذمة ثبتا فيها لذلك .



بَابٌ
ما يجوز فسخ الإجارة وما يوجبه

وهى عقد لازم ليس لواحد منهما فسخها ، لأنها بيع فأشبهت بيوع الأعيان، إلا أن يجد العين معيبة ، فيملك الفسخ به، وله الفسخ بما يحدث من العيب ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء ، فهى كالمكيل يتعيب قبل قبضه ، فإن بادر المكرى إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر ، كدار تشعثت فأصلحها ، فلا خيار للمستأجر لعدم الضرر ، وإلا فله الفسخ ، وإن سكنها مع عيبها ؛ فعليه الأجر علم أو لم يعلم ، لأنه استوفى جميع المعقود عليه معيباً ، مع علمه به ، فلزمه البدل كالمبيع المعيب إذا رضيه ، وإن كان العقد على موصوف فى الذمة فرد بعيب ، لم ينفسخ العقد ، ويطالب ببدله وإن تعذر بدله ، فله الفسخ لتعذر المعقود عليه ، كما لو وجد بالسلم عيباً فرده . والعيب ما تنقص به المنفعة ، كانهدام حائط الدار ، وتعيبه وانقطاع ماء بئرها أو تغيره ، وانقطاع ماء الأرض أو نقصه ، وتعثر الظهر فى المشى ، وعرجه الفاحش وربضه وكونه عضوضاً أو جموحاً ، وضعف بصر الأجير فى الخدمة ومرضه . فأما كون الظهر خشن المشى ، فليس بعيب ، لأن المنفعة فيه كاملة ، وإن اختلفا فى العيب ، لأن المنفعة فيه كاملة ، وإن اختلفا فى العيب ، رجع فيه إلى أهل الخبرة .

فصل : وإن تلفت العين فى يده ، انفسخت الإجارة ، كما لو تلف المكيل قبل قبضه ، فإن تلفت قبل مضى شئ من المدة ، فلا أجرة عليه ، لأنه لم يقبض شيئاً من المعقود عليه . وإن تلفت بعد مضى شئ منها ، فعليه من الأجر بقدر ما استوفى ، ويسقط بقدر ما بقى ، فإن كان أجرها فى بعض المدة أكثر قسمت على القيمة ، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمة ؛ لم تنفسخ بالتلف ، وله البدل كما لو تعيب .

فصل : إذا اكترى أرضاً للزرع ، فانقطع ماؤها ، أو داراً فانهدمت ، انفسخ العقد في أحد الوجهين ، لأن المنفعة المقصودة منها تعذرت ، فأشبه تلف العبد . والآخر– لا ينفسخ ، لأنه يمكن الانتفاع بها بالسكنى في خيمة ، أو يجمع فيها حطباً أو متاعاً ، لكن له الفسخ لأنها تعيبت . وإن ماتت المرضعة ، انفسخت الإجارة . وعن أبي بكر : لا تنفسخ ويجب في مالها أجر رضاعه . والمذهب الأول ، لأن المعقود عليه تلف ، فأشبه تلف عبد الخدمة . فإن مات المرتضع ، انفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأن غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع ، ولذلك وجب تعيينه . ولو استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فبرئ ، أو ليكحل عينه فبرأت ، أو ليقتص له فمات المقتص منه ، أو عفي عنه ، انفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، وإن استأجر للحج فمات ، ففيه وجهان. أحدهما– تنفسخ الإجارة ، لأنه تعذر الاستيفاء بموته ، أشبه موت المرتضع والثاني– لا تنفسخ ويقوم وارثه مقامه ، كما لو كان المستأجر داراً ، وإن لم يمت لكن تلف ماله ، لم تنفسخ الإجارة ، لأن المعقود عليه سليم .

فصل : فإن غصبت العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ ؛ لأن فيه تأخير حقه، فإن فسخ ، فالحكم فيه كالفسخ بتلف العين ، وإن لم ينفسخ حتى انقضت المدة ، خير بين الفسخ والرجوع على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجر المثل ، وبين إمضاء العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل ، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب ، فأشبه ما لو أتلف المبيع أجنبي ، وإن كان العقد على موصوف في الذمة ، طولب المؤجر بإقامة عين مقامها ، فإن تعذر ، فله الفسخ، لأن فيه تأخير حقه.

فصل : فإن أجر نفسه ، ثم هرب ، أو أكرى عيناً ثم هرب بها فللمستأجر الخيار بين الصبر والفسخ ، لأن فيه تأخير حقه ، فأشبه ما لو اشترى مكيلاً فمنعه قبضه ، وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة ، استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو هرب قبل تسليم المسلم فيه ، فإن لم يكن ، فللمستأجر الخيار بين الفسخ

والصبر إلى أن يقدرعليه فيطالبه بالعمل ، كما لو تعذر تسليم المسلم فيه. وإن كانت الإجارة على مدة انقضت فى هربه ، بطلت الإجارة، لأنه أتلف المعقود عليه ، فأشبه ما لو باعه مكيلاً فأتلفه قبل تسليمه .

فصل : وإن أجره عبده ، ثم أعتقه ، لم تنفسخ الإجارة ، لأنه عقد على المنفعة فلم تنفسخ بالعتق ، كالنكاح ، ولا يرجع العبد بشيء ، لأن منفعته استحقت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدله ، كما لو زوج أمته ، ثم أعتقها ، ونفقته على سيده ، لأنه يملك بدل منفعته ، فهو كالباقى على ملكه .

فصل : وإن أجر عيناً ، ثم باعها ، صح البيع ، لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع البيع كالنكاح ، ولا تبطل الإجارة قياساً على النكاح ، وإن باعها من المستأجر ، صح لذلك . وفى الإجارة وجهان: أحدهما- تبطل، لأنها عقد على المنفعة ، فأبطلها ملك الرقبة كالنكاح ، فعلى هذا يسقط من الأجرة بقدر ما بقى من المدة . والثانى- لا تبطل، لأنه عقد على الثمرة ، فلم تبطل بملك الأصل ، كما لو اشترى ثمرة شجرة ثم ملك أصلها . ومتى وجد المستأجر عيباً ففسخ به، رجع على المؤجر ، لأن عوض الإجارة له ، فالرجوع عليه ، وإن كان المستأجر هو المشترى فكذلك، إن قلنا: لا تنفسخ الإجارة، وإن قلنا: تنفسخ؛ لم يرجع على أحد.

فصل : ولا تنفسخ الإجارة بموت المتكاريين، ولا موت أحدهما ، لأنه عقد لازم ، فلا يبطل بموت المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه كالبيع . وإن أجر عيناً موقوفة عليه ، ثم مات ففيه وجهان: أحدهما- لا تبطل، لأنه أجر ما له إجارته شرعا فلم تبطل بموته كما لو أجر ملكه ، ولكن يرجع البطن الثانى فى تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية ، إن كان قبضها ، لأن المنافع لهم فاستحقوا أجرها . والثانى- تبطل فيما بقى من المدة ، لأننا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره ، فإن المنافع بعد موته لغيره بخلاف المالك ، فإن ورثته إنما يملكون ما خلفه، وما خرج عن ملكه بالإجارة فى حياته ، غير مخلف فلم يملكوه ، والأمر إلى من انتقل إليه الوقف فى إجارته أو تركه، فعلى هذا يرجع المستأجر على المؤجر بأجر بقية المدة. وإن أجر الولى الصبى، أو ماله مدة فبلغ فى أثنائها، ففيه وجهان أيضاً كهذين .

بَابُ
ما يلزم المتكاريين وَمَا لهما فعله

يجب على المكرى ما يحتاج إليه للتمكين من الانتفاع ، كمفتاح الدار، وزمام الجمل، والقتب[(١)]، والحزام ، ولجام الفرس وسرجه ، لأن عليه التمكين من الانتفاع ، ولا يحصل إلا بذلك. وما تلف من ذلك في يد المكترى ، لم يضمنه، كما لا يضمن العين ، وعلى المكرى بدله ، لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفى المكترى المنفعة . فأما ما يحتاج إليه لكمال الانتفاع ، كالحبل، والدلو، والمحمل والغطاء ، والحبل الذى يقرن به بين المحملين فهو على المكترى ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع ، فأشبه بسط الدار .

فصل : وعلى المكرى رفع المحمل وحطه ، ورفع الأحمال وسوق الظهر وقوده ، لأن ذلك العادة ، فحمل العقد عليه . وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض، لأنه لا يمكن فعله راكباً ، وليس ذلك عليه للأكل والنفل ، لأنه ممكن على الظهر ، وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والضعيف . وإن كانت الإجارة على تسليم الظهر ، لم يكن عليه شئ من ذلك ، فأما أجرة الدليل ، فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فى البلد فعلى المكرى ، لأنه من مؤنة التحصيل ، وإن كانت على تسليم الظهر ، أو على مدة ، فهو على المكترى ، لأن الذى على المكرى تسليم الظهر وقد فعل . وعلى المكرى تسليم الدار فارغة الحُش[(٢)] والبالوعة، لأنه من التمكين ، فإن امتلأ فى يد المكترى ، فعليه كسحه لأنه ملأه فكان عليه إزالته ، كتنظيف الدار. وعلى المكرى إصلاح ما انهدم من الدار ، وتكسر من الخشب لأنه

---

(١) الإكاف الصغير على قدر سنام البعير. (القاموس).
(٢) والفتح أكثر من الضم، والمقصود هنا مكان قضاء الحاجة. (المصباح المنير).

من التمكين . وإذا استأجر ظئراً للرضاع وشرط الحضانة ، وهى خدمة الصبى وغسل خرقه ؛ لزمها ، وإن لم يشترطه عليها ، لم يلزمها إلا الرضاع ، لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى ، فلم تلزم إحداهما بالعقد على الأخرى . وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمكترى مطالبتها به ، لأنه من التمكين ، ويضر الصبى تركه .

فصل : وعلى المكرى علف الظهر ، وسقيه ، لأنه من التمكين ، فإن هرب، وترك جماله ، رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم فى مال الجمال بالعلف ، فإن لم يجد له مالاً ، اقترض عليه ، فإن اقترض من المكترى ، أو أذن له فى الإنفاق عليها قرضاً، جاز ، لأنه موضع حاجة . وإن كان فى الجمال فضل عن المكترى ، باعه وأنفق منه ، فإذا رجع الجمال ، و اختلفا فى النفقة ، فالقول قول المنفق ، لأنه أمين إذا كان دعواه لقدر النفقة بالمعروف ، وما زاد لا يرجع به ، لأنه متطوع ، فإن أنفق بغير إذن الحاكم مع إمكانه ، وأشهد على ذلك ، فهل يرجع به ؟ على وجهين بناء على من ضمن دينه بغير إذنه . وإن لم يجد من يشهده فأنفق ، ففى الرجوع وجهان: أصحهما ـ يرجع به ، لأنه موضع ضرورة ، فأشبه ما ينفق على الآبق فى رده ، وإذا وصل دفع الجمال إلى الحاكم ، ليوفى المنفق نفقته منها ، ويفعل فى سائرها ما يرى الحظ فيه لصاحبها ، من بيعها وحفظ ثمنها ، أو بيع بعضها ، وإنفاقه على باقيها .

فصل : وليس على المكترى مؤنة رد العين ، لأنها أمانة ، فلم تلزمه مؤنة ردها كالوديعة ، ويحتمل أن تلزمه ، لأنه غير مأذون له فى إمساكها بعد انقضاء مدتها فلزمته مؤنة ردها كالعارية .

فصل : وللمكترى استيفاء المنفعة بالمعروف ، لأن إطلاق العقد يقتضى المتعارف فصار كالمشروط ، فإذا استأجر داراً للسكنى ، فله وضع متاعه فيها لأنه متعارف فى السكنى ، ويترك فيها من الطعام ما جرت عادة الساكن به لذلك ، وليس له جعلها للطعام مخزناً، لأنه غير متعارف وفيه ضرر ، لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول إليه ،

ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ، ولا يطرح فيها الرماد والتراب ، لأنه غير متعارف به. وإن اكترى قميصاً ليلبسه ، لم يكن له أن ينام فيه ليلاً ، وله ذلك نهاراً ، لأن العادة الخلع لنوم الليل دون النهار ، وليس له أن يتزر به ، لأنه يعتمد عليه أكثر من اللبس، وله أن يرتدى به فى أحد الوجهين ، لأنه أخف ، والآخر ـ ليس له ذلك ، لأنه غير متعارف فى لبس القميص . وإن اكترى ظهراً فى طريق العادة السير فيه زمناً دون زمن لم يسر إلا فيه ، لأنه المتعارف ، وإن كانت العادة النزول للرواح، وكان رجلاً قوياً ، ففيه وجهان: أحدهما- يلزمه ذلك ، لأنه المتعارف. والثانى- لا يلزمه ، لأنه اكترى للركوب فى جميع الطريق ، فلم يلزمه تركه فى بعضه . وإن اكتراه إلى مكة، لم يجز أن يحج عليه ، لأنه زيادة ، وإن اكتراه ليحج عليه فله الركوب إلى منى ، ثم إلى عرفة ، ثم إلى مكة . وهل له أن يركبه عائداً إلى منى ؟ فيه وجهان: أحدهما- لا يجوز ، لأنه قد حل من الحج . والثانى- له ذلك ، لأنه من تمام الحج .

فصل : وله ضرب الظهر ، وكبحه باللجام ، وركضه برجله ، لأن النبى ﷺ ضرب جمل جابر حين ساقه[1] ، ولأنه لا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا به ، فملكه كركوبه . وإن شرط حمل أرطال من الزاد ، فله إبدال ما يأكل ، لأن له غرضاً فى أن يشترى الزاد من الطريق ، ليخفف عليه حمله فملك بدله ، كالذى يشرب من الماء .

فصل : وله أن يستوفى النفع المعقود عليه ومثله ودونه فى الضرر ، ولا يملك فوقه، ولا ما يخالف ضرره ضرره، لأنه يأخذ فوق حقه ، أو غير حقه . فإن اكترى ظهراً فى طريق ، فله ركوبه إلى ذلك البلد فى مثله ، ودونه فى الخشونة والمسافة والمخافة ، ولا يركبه فى أخشن منه ، ولا أبعد ، ولا أخوف . وإن اكترى أرضاً للغراس والبناء ، فله زرعها ، لأنه أقل ضرراً ، وإن استأجرها لأحدهما لم يملك الآخر ، لأن ضرر كل واحد منهما يخالف ضرر الآخر ، وإن استأجرها للزرع ، لم يغرس ، ولم

(١) سبق تخريجه (٤٧٦/١).

يبن ، لأنهما أضر منه ، وإن استأجرها لزرع الحنطة ، فله زرعها ، وزرع ما ضرره كضررها أو أدنى ، كالشعير والباقلاء . ولا يملك زرع الدخن والذرة والقطن ، لأن ضررها أكثر . وإن اكترى ظهراً ليحمل عليه قطناً ، لم يجز أن يحمل عليه حديداً ، لأنه أضر على الظهر لاجتماعه وثقله ، وإن اكتراه للحديد ، لم يحمل عليه قطناً ، لأنه أضر لتجافيه ، وهبوب الريح فيه ، وإن اكتراه ليركبه ، لم يحمل عليه لأن الراكب يعين الظهر بحركته ، وإن اكتراه للحمل ، لم يملك ركوبه ، لأن الراكب يقعد في موضع واحد ، والحمل يتفرق على جنبيه ، وإن شرط ركوبه عرياً ، لم يركب بسرج ، لأنه زيادة ، وإن شرط ركوبه بسرج ، لم يركبه عرياً ، لأنه يضر بظهر الحيوان ، والعارية كالإجارة فى هذا ، لأنها تمليك للمنفعة ، فأشبهت الإجارة .

فصل : وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبمثله ، فإن اكترى داراً ، فله أن يسكنها مثله ، ومن هو دونه فى الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، وإن اكترى ظهراً يركبه ، فله أن يركبه مثله ، ومن هو أخف منه ، لما ذكرنا في الفصل الذى قبله ، فإن شرط أن لا يستوفى غير المنفعة بنفسها ، ولا يستوفى مثلها ، ولا دونها ، ولا يستوفيها بمثله ، ولا بدونه ، صح الشرط ، لأنه يملك المنافع ، فلا يملك إلا ما ملكه ، ويحتمل أن لا يصح ، لأنه ينافى موجب الإجارة ، ولا يبطل العقد ، لأن الشرط لا يؤثر فى حق المؤجر ، فلغا وبقى العقد على مقتضاه .

فصل : وله أن يؤجر العين ، لأن الإجارة كالبيع ، وبيع المبيع جائز ، فكذلك إجارة المستأجر ، ويجوز أن يؤجرها للمؤجر وغيره ، كما يجوز بيع المبيع للبائع وغيره، فإن أجرها قبل قبضها ، لم يجز ، ذكره القاضى ، لأنها لم تدخل فى ضمانه ، فلم يجز إجارتها ، كبيع الطعام قبل قبضه ، ويحتمل الجواز ، لأن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين ، فلم يؤثر قبض العين فيها ، ويحتمل أن تجوز إجارتها للمؤجر، لأنها فى قبضه ، ولا تجوز من غيره لعدم ذلك ، وتجوز إجارتها بمثل الأجرة و زيادة ، كالبيع برأس المال وزيادة ، وعنه : إن أحدث فى العين زيادة ، جازت إجارتها بزيادة ، وإن لم يفعل لم يؤجرها بزيادة ، لأن النبى ﷺ نهى عن ربح

ما لم يضمن[١] ، فإن فعل تصدق بالزيادة . وعنه : يجوز بإذن المالك ، ولا يجوز بغير إذنه ، والمذهب الأول .

فصل : فإن استوفى أكثر من المنفعة بزيادة متميزة مثل أن اكترى إلى مكان ، فجاوزه ، أو ليحمل قفيزاً فحمل اثنين ، لزمه المسمى ، لما عقد عليه ، وأجر المثل للزيادة ، لأنه استوفى المعقود عليه ، فاستقر المسمى ، ولزمته أجرة الزيادة ، كما لو اشترى قفيزاً ، فقبض اثنين . وإن كانت الزيادة لا تتميز ، كرجل اكترى أرضاً ليزرع حنطة فزرع دخناً فكذلك ، قال أحمد رحمه الله: ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير ، فيعطى رب الأرض ، فأوجب المسمى وزيادة ، لأنه لما عين الحنطة تعلق العقد بما يماثله فى الضرر ، فصار مستوفياً للمعقود عليه وزيادة كالتى قبلها . وقال أبو بكر : عليه أجرة المثل للجميع ، لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فلزمته أجرة المثل، كما لو زرع غير الأرض ، ولرب الأرض منع المستأجر من زرع الأرض ، فإن زرع فحكمه فى ذلك حكم الغاصب على ما سيأتى.

فصل : فإن اكترى أرضاً للزرع مدة ، فليس له زرع ما لايستحصد فيها لأن عليه تسليمها فارغة عند انتهائها ، وهذا يمنع ذلك ، وللمالك منعه من زرعه لذلك، فإن زرع ، لم يجبر على قلعه فى المدة ، لأنه مالك لمنفعة الأرض ، فإذا انقضت ، ولم تحصد ، خير المالك بين أخذه ، ودفع نفقته ، وبين تركه بالأجرة لأنه تعدى بزرعه ، فأشبه الغاصب . فإن كان بقاؤه بغير تفريط ، إما لشدة برد ، أو قلة مطر أو نحوه ، فعلى المؤجر تركه بالأجرة ، لأنه زرعه بحق ، فكان عليه المسمى للمدة ، وأجر المثل للزائد لا غير .

فصل : فإن اكتراها مدة ليزرع فيها زرعاً لا يكمل فيها ، وشرط قلعه فى آخرها صح العقد والشرط، لأنه قد يكون له غرض صحيح فيه ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فسد العقد لجهل المدة ، ولأن شرط تبقيته ينافى تقدير مدته ، وللمؤجر منعه من الزرع ، لأن العقد فاسد ، فإن زرعه ، لزم إبقاؤه بشرطه ، لأنه زرعه بإذن المالك .

(١) سبق تخريجه (٣١/٢) ضمن حديث: «لا يحل بيع وسلف».

وإن أطلق العقد ، صح ، لأن الانتفاع بالأرض فى هذه المدة ممكن ، فإذا انقضت ، والزرع باق ، احتمل أن يكون حكمه حكم المفرط لزرعه فى مدة الإجارة ما لا يكمل فيها ، واحتمل أن يكون حكمه حكم غير المفرط لتفريط المؤجر بإجارة مدة لا يكمل فيها .

فصل : وإن استأجرها للغراس مدة ، جاز ، وله الغرس فيها ، ولا يغرس بعدها لأن العقد يقتضى التصرف فى المدة دون ما بعدها ، فإن غرس ، فانقضت المدة ، وكان مشروطاً عليه القلع عند انقضائها ، أخذ بما شرطه ، ولم يلزمه تسوية الحفر ، لأنه لما شرط القلع مع علمه بأنه يحفر الأرض كان راضياً ، وإن لم يكن شرط القلع لم يجب ، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، والعادة ترك الغراس حتى ييبس ، وللمستأجر قلع غرسه ، لأنه ملكه ، فإن قلعه ، لزمه تسوية الحفر ، لأنه حفرها لتخليص ملكه من ملك غيره بغير إذنه ، وإن لم يقلعه ، فللمؤجر دفع قيمته ليملكه لأن الضرر يزول عنهما به ، أشبه الشفيع فى غراس المشترى ، وإن أراد قلعه ، وكان لا ينقص بالقلع أو ينقص لكنه يضمن أرش النقص ، فله ذلك ، لأن الضرر يزول عنهما به ، وإن اختار إقراره بأجرة مثله ، فله ذلك ، لأن الضرر يزول عنهما به ، ولصاحب الشجر بيعه للمالك ولغيره ، فيكون بمنزلته ، لأن ملكه ثابت عليه ، فأشبه الشقص المشفوع ، والبناء كالغراس فى جميع ما ذكرنا .

باب
تضمين الأجير واختلاف المتكاريين

الأجير على ضربين : خاص ومشترك ، فالخاص : هو الذى يؤجر نفسه مدة ، فلا ضمان عليه فيما يتلف فى يده بغير تفريط ، مثل أن يأمره بالسقى، فيكسرالجرة، أو يكيل شئ ، فيكسر الكيل ، أو بالحرث ، فيكسر آلته ، نص عليه ، أو بالرعى ،

فتهلك الماشية بغير تفريط. والمشترك: الذى يؤجر نفسه على عمل ، فظاهر كلام الخرقى ، أنه يضمن ما تلف بعمله ، ونص عليه أحمد رحمه الله فى حائك دفع إليه غزل ، فأفسد حياكته يضمن . والقصار ضامن لما ينخرق من مده ودقه وعصره وبسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبخه ، لما روى خلاس بن عمرو أن علياً رضي الله عنه كان يضمن الأجير [(١)]. ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق ، فكان ضامنا لها كالمستعير . وقال القاضى وأصحابه : إن كان يعمل فى ملك المستأجر ، كخياط أو خباز ، أخذه إلى داره ليستعمله فيها ، فلا ضمان عليه ما لم يتعد فيه ، مثل أن يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل وقته ، أو يتركه بعد وقته فيضمن ، لأنه أتلفه بعدوانه ، وما لا فلا ضمان عليه ، لأنه سلم نفسه إلى صاحب العمل ، فأشبه الخاص ، وإن كان يعمل فى غير ملك المستأجر، ضمن ما جنت يده لما ذكرناه ، ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه ، لأنها أمانة فى يده، فأشبه المودع ، وإن حبسها على أجرتها فتلفت ، ضمنها ، لأنه متعد بإمساكها إذ ليست رهناً ولا عوضاً عن الأجرة.

فصل : ولا ضمان على المستأجر فى العين المستأجرة إن تلفت بغير تفريط ، لأنه قبضها ليستوفى منها ما ملكه فيها ، فلم يضمنها كالزوج، والنخلة التى اشتراها ليستوفى ثمرتها. وإن تلفت بفعله بغير عدوان ، كضرب الدابة وكبحها ، لم يضمن ، لأنها تلفت من فعل مستحق ، فلم يضمنها ، كما لو تلفت تحت الحمل، وإن تلفت بعدوان ، كضربها من غير حاجة ، أو لإسرافه فيه ، ضمن ، لأنه جناية على مال الغير. وإن اكترى إلى مكان ، فتجاوزه ، فهلك الظهر ، ضمنه ، لأنه متعد ، أشبه الغاصب . وإن هلك بعد نزوله عنه ، وتسليمه إلى صاحبه ، لم يضمنه لأنه برىء بتسليمه إليه إلا أن يكون هلاكه ، لتعب الحمل فيضمنه ، لأنه هلك بعدوانه . وإن حمل عليه أكثر مما استأجره ، فتلف ، ضمنه لذلك. وإن اكترى دابة

---

(١) **ضعيف**. رواه البيهقى (١٢٢/٦)، من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن خلاس أن علياً كان يضمن الأجير. وإسناده منقطع، خلاس عن عليّ مرسل، والعلماء كانوا يخشون أن يكون خلاس يحدث من صحيفة الحارث بأحاديث على، كما فى «تهذيب التهذيب». ورواه ابن أبى شيبة (٢٨٥/٦)، وعبد الرزاق [١٤٩٤٨]، من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن على بنحوه. وإسناده منقطع أيضاً، فإن محمد بن على بن الحسين عن على مرسل، كما فى «تهذيب الكمال»، و«المراسيل» لابن أبى حاتم (ص: ١٨٥).

ليركبها فركب معه آخر بغير إذن فتلفت ، ضمنها الآخر كلها ، لأن عدوانه سبب تلفها فضمنها ، كمن ألقى حجراً فى سفينة موقرة فغرقها ، وإن تلفت الدابة بعد عودها إلى المسافة ، ضمنها ، لأن يده صارت ضامنة ، فلم يسقط عنه ذلك إلا بإذن جديد ، ولم يوجد .

فصل : ولو قال لخياط: إن كان هذا يكفينى قميصاً فاقطعه فقطعه، فلم يكفه، ضمنه، لأنه إنما أذن له فى قطعه بشرط الكفاية ولم يوجد، وإن قال: هو يكفيك قميصاً، فقال: اقطعه، فقطعه، فلم يكفه، لم يضمنه، لأنه قطعه بإذن مطلق .

فصل : ومن أجر عيناً فامتنع من تسليمها ، فلا أجرة له ، لأنه لم يسلم المعقود عليه ، فلم يستحق عوضه ، كالمبيع إذا لم يسلمه ، وإن سلمه بعض المدة ، ومنعه بعضاً ، فقال أصحابنا : لا أجرة له ، لأنه لم يسلم ما تناوله العقد ، فأشبه الممتنع من تسليم الجميع ، ويحتمل أن يلزمه عوض ما استوفاه ، كما لو باعه مكيلاً فسلم إليه بعضه ، ومنعه من باقيه . وإن أجر نفسه على عمل ، وامتنع من إتمامه ، فكذلك ، وإن أجره عبده فهرب، أو دابته فشردت فى بعض المدة فله من الأجرة بقدر ما استوفى فى المدة ، لأن الامتناع بغير فعله ، فأشبه ما لو مات . وإن تلف الثوب فى يد الصانع بغير تفريطه ، فلا أجرة له فيما عمل ، لأنه لم يسلمه إلى المستأجر ، فلم يستحق عوضه ، وإن تلف بتفريطه خير المالك بين تضمينه إياه معمولاً ، ويدفع إليه أجرته ، وبين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له ، وإن استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، فأتلف الثوب ، فلا ضمان على الخاص ، ويضمنه المشترك .

فصل : وإذا اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة أو المنفعة ، تحالفا ، لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع ، ثم الحكم فى فسخ الإجارة ، كالحكم فى فسخ البيع ، لأنها بيع . وإن اختلفا فى العدوان ، فالقول قول المستأجر ، لأن الأصل عدم العدوان ، والبراءة من الضمان. وإن اختلفا فى رد العين ، ففيه وجهان: أحدهما– القول قول المؤجر ، لأن الأصل عدم الرد ، ولأن المستأجر قبض العين لنفسه ، أشبه المستعير. والثانى– القول قول الأجير ، لأنه أمين، أشبه المودع. وإن هلكت العين،

فقال الأجير: هلكت بعد العمل فلي الأجرة، فأنكره المستأجر، فالقول قوله، لأن الأصل عدم العمل . وإن دفع ثوباً إلى خياط ، فقطعه قباء، فال: بهذا أمرتنى، فلى الأجرة ، ولا ضمان على . وقال صاحبه : إنما أمرتك بقطعه قميصاً ، فالقول قول الأجير ، نص عليه ، لأنه مأذون له فى القطع ، والخلاف فى صفته ، فكان القول قول المأذون له كالمضارب، ولأن الأصل عدم وجوب الغرم ، فكان القول قول من ينفيه ، ويتخرج أن يقبل قول المالك ، لأن القول قوله فى أصل الإذن ، فكذلك فى صفته ، ولأن الأصل عدم ما ينفيه ، فكان القول قوله فيه .

باب
الجعالة

وهى أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملا من رد آبق أو ضالة ، أو بناء، أو خياطة، وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال فيجوز ذلك ، لقول الله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ [يوسف: ٧٢]. وروى أبو سعيد ﷺ أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حيا من أحياء العرب ، فلم يقروهم ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم من راق ؟ فقالوا : لم تقرونا فلا نفعل ، أو تجعلوا لنا جعلاً ، فجعلوا لهم قطيع شياه، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ، ويجمع بزاقه ويتفل فبرئ الرجل ، فأتوهم بالشاء ، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ، فسألوا عنها النبى ﷺ فقال: «وما أدراك أنها رقية خذوها ، واضربوا لى منها بسهم»[1] متفق عليه. ولأن الحاجة تدعوا إلى ذلك فى رد الضالة ونحوها ، فجاز كالإجارة. ويجوز عقد الجعالة لعامل غير معين، وعمل مجهول، فيقول: من رد ضالتى فله كذا للآية، ولأن الحاجة داعية إليه مع الجهل، فجاز كالمضاربة. ولا

(١) رواه البخارى [٢٢٧٦]، ومسلم [٢٢٠١]، وأبو داود [٣٤١٨]، والترمذى [٢٠٦٣]، وابن ماجه [٢١٥٦].

يجوز إلا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة ، فاشترط العلم بعوضه كالإجارة ، فإن شرطه مجهولاً فسد ، وله أجرة المثل، لأنه عقد يجب المسمى فى صحيحه ، فوجبت أجرة المثل فى فاسده كالإجارة .

فصل : وهى عقد جائز ، لأنها تنعقد على مجهول ، فكانت جائزة كالمضاربة، وأيهما فسخ قبل الشروع فى العمل فلا شئ للعامل ، وإن فسخه العامل قبل تمام العمل ، فلا شئ له ، لأنه إنما يستحقه بعد الفراغ من عمله وقد تركه ، وإن فسخه الجاعل بعد التلبس به ، فعليه أجرة ما عمل العامل ، لأنه إنما عمل بعوض لم يسلم له ، وإن تم العمل ، لزم العقد ، ووجب الجعل ، لأنه استقر بتمام العمل ، فأشبه الربح فى المضاربة ، وإن زاد فى الجعل ، أو نقص منه قبل الشروع فى العمل ، جاز لأنه عقد جائز ، فجازت الزيادة فيه والنقصان قبل العمل كالمضاربة .

فصل : ولا يستحق الجعل إلا بفراغه من العمل ، لأنه كذا شرط ، وإن جعل له جعلاً على رد آبق فرده إلى باب الدار ، فهرب ، أو مات قبل تسليمه لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يأت بما جعل الجعل فيه ، وإن قال : من رده من مصر فله دينار ، فرده من نصف طريقها ، أو قال : من رد عبدى ، فله دينار ، فرد أحدهما . فله نصف الدينار ، لأنه عمل نصف العمل ، وإن رده من أبعد من مصر ، لم يستحق إلا الدينار ، لأنه لم يضمن لما زاد شيئاً . وإن رده جماعة اشتركوا فى الدينار ، لأنهم اشتركوا فى العمل . فإن جعل لواحد فى رده ديناراً ، ولآخر اثنين ، ولآخر ثلاثة ، فرده الثلاثة، فلكل واحد منهم ثلث جعله . وإن جعل لواحد منهم ثوباً ، فله ثلث أجرة المثل ، لأنه عوض مجهول ، فاستحق ثلث أجرة المثل ، وإن جعل لواحد جعلاً فأعانه آخر، فالجعل كله للمجعول له ، لأن العمل كله له ، فإن قال الآخر : شاركته لأشاركه فى الجعل ، فللعامل نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولا شئ للآخر ، لأنه لم يشرط له شئ .

فصل : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل، فلا شئ له ، لأنه بذل منفعته بغير عوض ، فلم يستحقه ، وإن التقط لقطة قبل الجعل ، ثم بلغه الجعل لم يستحقه ،

لأنه وجب عليه ردها بالتقاطها ، فلم يجز له أخذ العوض عن الواجب ، وإن التقطها بعد الجعل ، ولم يعلم بذلك لم يستحقه ، لأنه تطوع بالالتقاط . وإن نادى غير صاحب الضالة : من ردها ، فله دينار ، فردها رجل ، فالدينار على المنادى ، لأنه ضمن العوض ، وإن قال في النداء : قال فلان : من رد ضالتي فله دينار ، فردها رجل ، لم يضمن المنادى ، لأنه لم يضمن ، إنما حكى قول غيره .

فصل : وإن اختلفا في الجعل وفي قدره ، أو في المجعول فيه الجعل ، فالقول قول المالك ، لأنه منكر لما يدعى عليه والأصل عدمه .

فصل : وإن رد آبقاً من غير شرط ، ففيه روايتان: إحداهما- لا جعل له لما ذكرنا . والثانية- له الجعل ، لأن ذلك يروى عن عمر وعلي وابن مسعود ﷺ ، ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة . ويروى عن النبي ﷺ أنه جعل في الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً [(١)]، ولأن في ذلك حثاً على رد الآبق ، وصيانة عن الرجوع إلى دار الحرب ، وردتهم عن دينهم ، فينبغي أن يكون مشروعاً ، وقدر الجعل ديناراً أو اثنا عشر درهما ، لما روينا . ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي ﷺ. وعن أحمد: أنه إن رده من خارج المصر فله أربعون درهماً ، وإن رده من المصر ، فله دينار ، لأنه يروى عن ابن مسعود ﷺ. وسواء كان ذلك كقيمة العبد أو أقل ، أو أكثر ، فإن مات السيد ، استحق الجعل في تركته . وما أنفقه على الآبق في قوته ، رجع به على سيده ، سواء رده أو هرب منه في بعض الطريق .



(١) **ضعيف**. رواه البيهقي (٦/ ٢٠٠) من طريق خصيف بن عبد الرحمن، عن معمر عن عمرو بن دينار، عن ابن عمر ﷺ به. وإسناده ضعيف؛ فيه خصيف بن عبد الرحمن الجزري وهو صدوق سيء الحفظ خلط بأخرة، كما في «التقريب»، والحديث ضعفه البيهقي وقال: والمحفوظ حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا ـ فذكره، ثم قال: وذلك منقطع.

باب
المسابقة

تجوز المسابقة على الدواب والأقدام والسهام والحراب والسفن وغيرها ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبى ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وبين التى لم تضمر من ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق [١] متفق عليه . وسابق النبى ﷺ عائشة على قدميه [٢] ، وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يديه [٣] ، ومر النبى ﷺ بقوم يربعون حجراً أى يرفعونه بأيديهم ليعلم الشديد منهم فلم ينكر عليهم [٤] . ولا تجوز بعوض إلا فى الخيل والإبل والسهام ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال : **« لا سبق إلا فى نصل أو خف أو حافر »** [٥] رواه أبو داود . فتعين حمله على المسابقة بعوض جمعاً بينه وبين ما روينا ، والمراد بالحافر الخيل خاصة ، وبالخف الإبل ، وبالنصل السهام ، لقول النبى ﷺ : **« ليس من اللهو إلا ثلاث ؛ تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته امرأته ، ورميه بقوسه ونبله »** [٦] ولأن غير

---

(١) رواه البخارى [٢٨٦٩] ، ومسلم [١٨٧٠] ، وأبو داود [٢٥٧٥] ، والترمذى [١٦٩٩] ، والنسائى (١٨٨/٦) ، وأحمد (٥/٢) .

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٢٥٧٨] ، والنسائى فى «الكبرى» [٨٩٤٢] ، وابن ماجه [١٩٧٩] ، وأحمد (٣٩/٦ ، ٢٦٤) ، من طرق عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة رضي الله عنها ، وإسناده صحيح على شرط الشيخين ، وصححه الحافظ العراقى (الإتحاف ـ ١٤٢/٦) .

(٣) رواه مسلم [١٨٠٧] ، وأحمد (٥٢/٤) ، وابن حبان [٧١٧٣] ، والبيهقى (١٧/١٠) .

(٤) **إسناده حسن**. رواه البزار [كشف الأستار ـ ٢٥٣] ، عن إبراهيم بن المستمر عن شعيب بن بيان عن عمران عن قتادة عن أنس رضي الله عنه أن النبى ﷺ مر بقوم يرفعون حجراً ، فقال : **«ما يصنع هؤلاء»** ـ الحديث. وإسناده حسن ، إبراهيم بن المستمر صدوق يغرب ، وشعيب بن بيان صدوق يخطئ ، وعمران بن دوار القطان صدوق يهم ، كما فى «التقريب» . ويشهد له ما رواه ابن أبى شيبة (٣٤٣/٨) ، عن ابن عيينة عن داود بن شابور عن مجاهد مرسلاً بنحوه .

(٥) **صحيح**. رواه أبو داود [٢٥٧٤] ، والترمذى [١٧٠٠] ، والنسائى (١٨٨/٦) ، وابن ماجه [٢٨٧٨] ، وأحمد (٣٥٨/٢) ، قال الترمذى : حديث حسن . وصححه ابن القطان ، فى «بيان الوهم» (٣٨٣/٥) ، وابن دقيق العيد (تلخيص الحبير ـ ١٦١/٤) .

(٦) رواه مسلم [١٩١٩] ، وأبو داود [٢٥١٣] ، والنسائى (١٨٥/٦) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه .

الخيل والإبل لا تصلح للكر والفر والقتال، وغير السهام لا يعتاد الرمي بها ، فلم تجز المسابقة عليها كالبقر والتراس .

فصل : والمسابقة بعوض جعالة فيه ، لأنه عقد على ما لا يعلم القدرة على تسليمه ، فأشبه رد الآبق ، ولكل واحد منهما فسخها قبل الشروع في المسابقة ، وما لم يظهر فضل أحدهما على الآخر، فإن ظهر ، فللفاضل الفسخ والنقصان والزيادة ، ولا يجوز للمفضول ، لئلا يفوت غرض المسابقة ، فإنه متى بان له أنه مسبوق ، فسخ. وذكر القاضي وجهاً آخر ، أنها عقد لازم ، لأن من شرطها العلم بالعوضين فكانت لازمة كالإجارة . ويجوز بذل العوض من بيت المال ، ومن السلطان والمتسابقين ، وآحاد الرعية ، لأنه إخراج مال لمصلحة ، فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله ، فإن بذل العوض فيها تحريض على التعلم ، والاستعداد للجهاد. ومن شرط العوض كونه معلوماً لما ذكرنا في الجعالة.

فصل : ولا تجوز المسابقة بين جنسين ، كالخيل والإبل ، لأن تفاضل الجنسين معلوم . فأما النوعان كالعربي والهجين ، والبختي والعرابي ، فقال القاضي: تجوز المسابقة بينهما ، لأن الجنس شملهما ، فأشبها النوع الواحد وقال أبو الخطاب: لا يصح ، لأنهما يختلفان في الجرى عادة ، فأشبها الجنسين . وكذا الخلاف في المناضلة بنوعين من القسي ، كالعربي والفارسي، وقوس الجرح، وقوس النبل، لذلك.

فصل : ويشترط تعيين المركوبين ، لأن القصد جوهرهما ، وتعيين الراميين ، لأن القصد معرفة حذقهما ، ولا يعتبر تعيين الراكبين ولا القوسين ، لأنهما آلة للمقصود فلم يعتبر تعيينهما ، كسرج الدابة . ويعتبر تحديد المسافة ، لحديث ابن عمر ، ولأنهما إذا جريا إلى غير غاية ، لم يؤمن ألا يسبق أحدهما حتى يعطبا أو أحدهما . ولا يجوز إجراؤهما إلا بتدبير الراكبين ، لأنهما إذا جريا لأنفسهما ، تنافرا ولم يمضيا إلى الغاية . ولا يجوز أن يستبقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام ، فهو السابق ، لأن هذا لا ينضبط ، فإن الفرسين لا يقفان عند الغاية ليقدر ما بينهما.

فصل : وإذا كان الجعل من غيرهما فقال: من سبق منكم، فله عشرة ، صح،

فإن سبق واحد ، فهي له ، لأنه سبق، وإن سبق اثنان أو أكثر ، اشتركوا في السَبَق ، وإن جاء الكل معاً ، فلا شئ لهم ، لأنه لا سابق فيهم . وإن جعل السَبَق للمصلى وحده ، أو فضله على السابق ، لم يصح ، لأن كل واحد منهم يجتهد أن لا يسبق فيفوت الغرض . وكذلك إن جعل للسابق عشرة وللثالث أربعة ، ولم يجعل للمصلى شيئاً ، لم يصح ، لأن من عدا السابق يجتهد أن لا يسبق صاحبه . وإن سوى بين السابق والمصلى ، ولا ثالث معهما ، لم يصح لفوات الغرض به . وإن كان معهما ثالث نقص عنهما ، صح ، لأن كل واحد منهم يجتهد في أن لا يكون الثالث.

وإن جعل للمُجلّى وهو الأول مائة ، وللمُصلّى وهو الثاني تسعين ، وللمُسلّى وهو الثالث ثمانين ، وللتالى وهو الرابع سبعين ، وللمُرْتاح وهو الخامس ستين وللحظى وهو السادس خمسين ، وللعاطف وهو السابع أربعين ، وللمؤمل وهو الثامن ثلاثين . وللّطيم وهو التاسع عشرين ، وللسُّكَيْت وهو العاشر عشرة ، وللفسْكل وهو الأخير خمسة ، صح ، لأن الغرض حاصل وكل واحد يجتهد في سبق الآخر ، لينال أعلى من رتبته. وإن جعل كل رتبة يشترك فيها جميع من بلغها ، احتمل أن يصح لذلك ، واحتمل أن لا يصح ، لأنه قد يشترك في السبق جماعة ، وينفرد المصلى فيفضلهم بكثرة ما جعل له فيفوت الغرض . وإن قال : من بلغ الغاية فله عشرة ، لم يكن ذلك مسابقة ، لأن مقصود المسابقة التحريض على السبق وتعلم الفروسية ، وهذا يفوت بالتسوية ، ولكنه جعالة محضة ، لأنه بذل العوض في أمر فيه غرض صحيح، وكذلك إن قال : ارم عشرة أسهم ، فإن كانت إصابتك أكثر من خطئك ، فلك كذا ، أو قال : إن أصبت بهذا السهم ، فلك كذا ، صح ولم يكن مناضلة لذلك.

فصل : وإن أخرج الجعل أحد المتسابقين ، جاز ، لأن فيهما من يأخذ ولا يعطى ، فلا يكون قماراً . فإن سبق من أخرج، أحرز سبقه ، ولم يأخذ من صاحبه شيئاً ، وإن سبق الآخر أحرز الجعل ، لأنه سابق . وإن جاءا معاً فالجعل لصاحبه ، لأنه لا سابق فيهما . وإن أخرجا معاً ، لم يجز ، لأنه يكون قماراً، لأنه ليس فيهما

إلا من يأخذ إذا سبق ، ويعطى إذا سبق ، إلا أن يدخلا معهما ثالثاً يكافئ فرسه فرسيهما ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « **من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق ، فليس بقمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار** »[1] رواه أبو داود . ولأنه مع وجود المحلل المكافئ فيهم من يأخذ ولا يعطى ، فيخالف القمار . فإن كان لا يكافئهما ، فوجوده كعدمه ، لأنه معلوم أنه لا يأخذ شيئاً ، وسواء كان المحلل واحداً أو أكثر ، والمسابقة بين اثنين أو حزبين ، لأن الغرض الخروج من القمار وقد حصل على أى صفة كان . فإذا تسابقوا فجاؤا معاً، أو جاء المستبقان معاً قبل المحلل، أحرز كل واحد منهما سبقه ، ولا شئ للمحلل ، لأنه لم يسبق ولم يسبق أحدهما صاحبه ، وإن سبقهما المحلل أخذ سبقيهما ، لأنه سبقهما ، وإن سبق أحد المستبقين وحده ، أحرز السبقين لنفسه ، ولم يأخذ من المحلل شيئاً ، وإن سبق أحدهما مع المحلل ، أحرز المستبق سبق نفسه لأنه غير مسبوق ، وكان سبق الآخر بينه وبين المحلل نصفين ، لاشتراكهما فى سبقه.

فصل : وترسل الفرسان معاً من أول المسافة فى حال واحدة، ولا يجوز لأحدهما أن يجنب مع فرسه فرساً يحرضه على العدو ، ولا يصيح به ولا يجلب عليه لما روى عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال : « **لا جلب ولا جنب فى الرهان** »[2] رواه أبو داود. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « **من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا** »[3] فإن استوى الفرسان فى طول العنق فسبق أحدهما برأسه ، فهو سابق. وإن اختلفا فى طول العنق ، أو كانا بعيرين اعتبر السبق بالكتف ، فمن سبق به أو ببعضه ،

---

(١) **ضعيف**. رواه أبو داود [٢٥٧٩]، وابن ماجه [٢٨٧٦]، وأحمد (٢/٥٠٥)، والدارقطني (٤/٣٠٥)، والحاكم (٢/١١٤) من طريق سفيان بن حسين، وسعيد بن بشير، عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضي الله عنه به، وإسناده ضعيف؛ فيه سفيان بن حسين الواسطى وهو ضعيف فى الزهرى ثقة فى غيره كما قال الحافظ فى «التقريب» و«التلخيص» (٤/١٦٣)، وسعيد بن بشير الأزدى ضعيف كما فى «التقريب»، ومن أجلهما أعله ابن التركمانى فى تعليقه على البيهقى (١٠/٢٠).

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٢٥٨١]، والترمذى [١١٢٣]، والنسائى (٦/٩١)، وأحمد (٤/٤٢٩)، وابن حبان [٣٢٦٧]، وصححه الترمذى فقال: حديث حسن صحيح.

(٣) **حسن**. رواه الطبرانى فى «الكبير» [١١٥٥٨] من طريق ضرار بن صرد عن الدراوردى عن ثور بن =

فهو سابق، ولا عبرة بالعنق . وإن عثر أحدهما ، أو ساخت قوائمه فى الأرض ، أو وقف لعلة، فسبقه الآخر لم يحكم له بالسبق ، لأن سبقه إياه للعارض ، لا لفضل جريه .

فصل : وإن مات أحد المركوبين ، بطلت المسابقة ، لأن العقد تعلق بعينه ، فأشبه تلف المعقود عليه فى الإجارة . وإن مات الراكب ، لم تبطل ، لأنه غير المعقود عليه ، وللوارث أن يقوم مقامه ، وله أن لا يفعل ، لأن العقد جائز ، ومن جعله لازماً، ألزمه أن يقوم مقامه ، كالإجارة .

باب المناضلة

وهى المسابقة بالرمى وتجوز بين اثنين وحزبين ، لما روى عن النبى ﷺ أنه خرج على أصحاب له وهم ينتضلون فقال : « **ارموا وأنا مع ابن الأدرع** » ، فأمسك الآخرون ، فقال: « **ما لكم** » قالوا: يا رسول الله كيف نرمى وأنت مع ابن الأدرع، فقال: « **ارموا وأنا معكم كلكم** »[1] رواه البخارى . ولأنه إذا جاز على اثنين ، جاز على ثلاثة كسباق الخيل .

فصل : ويشترط لصحتها شروط ثمانية: أحدها– تعيين الرماة ، لأن الغرض معرفة الحذق فى الرمى ، فلا يتحقق مع عدم التعيين ، كسباق الخيل ، فإن عقد اثنان نضالاً على أن يكون مع كل واحد منهما ثلاثة، لم يصح لذلك . وإن عقد

= زيد، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعًا به. وفيه ضرار بن صرد وهو صدوق له أوهام وخطأ، والدراوردى صدوق كما فى «التقريب»، ورواه أبو يعلى [٢٤١٣] من طريق مصعب بن عبد الله بن مصعب، عن الدراوردى، عن ثور، عن إسحق بن جابر عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعًا بلفظ: «**وليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان**»، ورجاله ثقات سوى مصعب والدراوردى كلاهما صدوق، كما فى «التقريب»، وإسحاق بن جابر وثقه ابن حبان (٤٧/٦)، وسكت عنه البخارى فى «التاريخ الكبير» (٣٩٥/١)، وابن أبى حاتم فى «الجرح والتعديل» (٢٢٧/٢).

(١) رواه البخارى [٢٨٩٩]، وأحمد (٥٠/٤) من حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه بنحوه. ورواه أبو يعلى [٦١١٩]، وابن حبان [٤٦٩٥]، من حديث أبى هريرة رضي الله عنه بلفظ المصنف.

جماعة نضالاً ليتفاضلوا حزبين ، احتمل أن لا يصح ، لأن التعيين لا يتحقق قبل التفاضل ، وقال القاضى : يصح ويجعل لكل حزب رئيس ، فيختار أحدهما واحداً ، ثم يختار الآخر آخر كذلك حتى يتفاضلوا ، فإن اختلفا فى المبتدئ منهما بالخيار ، أقرع بينهما ، ولا يجوز أن يقتسموا بالقرعة ، لأنها ربما وقعت على الحذاق فى أحد الحزبين ، ولا يجوز أن يجعل زعيم الحزبين واحداً ، لأنه قد يميل إلى أحدهما فتلحقه التهمة ، ولا يجوز أن يجعل الخيرة فى تمييز الحزبين إلى واحد لذلك ، ولا يجوز أن يجعل إلى واحد ، والسبق عليه ، لأنه يختار الحذاق فيبطل معنى النضال .

فصل : الشرط الثاني– تعيين نوع القسى ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فقد يكون الرامى أحذق بنوع منه بالنوع الآخر ، وإن لم يكن فى البلد إلا نوع واحد لم يحتج إلى التعيين ، لأن الإطلاق ينصرف إليه كالنقد ، فإن عقدا على نوع . فأراد أحدهما أن ينتقلا إلى غيره ، أو ينتقل أحدهما ، لم يجز لما ذكرناه . وإن عقدا على قوس بعينه ، فانتقل أحدهما إلى غيره من نوعه جاز لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان . وإن شرط عليه أن لا ينتقل خرج على الوجهين فيما إذا شرط فى الإجارة أن لا يستوفى المنفعة بمثله .

فصل : الشرط الثالث– أن يرميا غرضاً ، وهو ما يقع فيه السهم المصيب من جلد أو ورق أو نحوه ، وإن قالا : السبق لأبعدنا رمياً ، لم يصح ، لأن القصد بالرمى الإصابة لا الإبعاد ، فلم يجز أخذ العوض عن غير المقصود ، والسنة أن يكون لهما غرضان فى هدفين متقابلين يرميان من أحدهما الآخر ، ثم يرميان من الآخر الأول ، فإن أصحاب النبى ﷺ كذلك كانوا يرمون ، فروى عن حذيفة ، وابن عمر أنهما كانا يشتدان بين الغرضين، إذا أصاب أحدهما خصلة قال : أنا بها [١] . رواه سعيد . ويروى أن «ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة»[١] . والهدف : اسم لما ينصب الغرض فيه .

---

(١) **إسناده صحيح**. رواه سعيد بن منصور [٢٤٥٧]، عن أبى عوانة عن الأعمش عن إبراهيم التيمى عن أبيه قال: رأيت حذيفة ـ الحديث. وإسناده صحيح رجاله ثقات رجال الشيخين. ورواه سعيد بن منصور [٢٤٥٩]، والطبرانى فى «الكبير» [١٣٠٧٨]، من طريق الأعمش عن مجاهد قال: رأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين ويقول: أنا بها. وإسناده صحيح رجاله رجال الشيخين.

فصل : الشرط الرابع– أن يكون قدر الغرض معلوماً طوله وعرضه وانخفاضه وارتفاعه ، لأن الإصابة تختلف باختلافه ، فوجب علمه كتعيين النوع.

فصل : فإن أطلقا العقد ، حمل على إصابة أى موضع كان من الغرض من أطرافه وعراه وغيرها ، وإن أصاب علاقته ، لم يحسب له ، لأن العلاقة ما تعلق به ، والغرض هو المعلق. وإن شرطا إصابة موضع من الغرض ، كالدارة التى فى وسطه ، أو الخاتم الذى فى الدارة ، لم يحتسب بإصابة غيره ، ويستحب أن يصفا الإصابة ، فيقولا خواصل ، وهو اسم الإصابة كيفما كانت، أو خوارق، وهو ما ثقب الغرض ، أو خواسق ، وهو ما ثقبه وثبت فيه ، أو موارق وهو ما ثقبه ونفذ منه ، أو خوارم ، وهو ما قطع طرفه . فإن أطلقا الإصابة حمل على الخواصل ، والقرع كالخصل ، فإن أصاب سهماً فى الغرض قد عرق إلى فوقه حسب له ، لأنه لولاه لوقع السهم فى الغرض ، وإن كان السهم معلقاً بنصله ، وباقيه خارج من الغرض ، لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الغرض طول السهم ، فلا يدرى أكان يصيب أم لا. وإن أطارت الريح الغرض ، فأصاب السهم موضعه ، حسب له ، وإن وقع فى الغرض فى الموضع الذى انتقل إليه حسب عليه فى الخطأ ، لأنه أخطأ فى الرمى ، وإنما أصاب بفعل الريح . وإن عرضت ريح شديدة ، لم يحسب له السهم فى إصابة ولا خطأ ، لأن ذلك من أجل الريح ، وإن كانت لينةً حسب فى الإصابة والخطأ ، لأنها لا تمنع . وإن وقع السهم دون الغرض ، ثم ازدلف فأصابه حسب خاطئاً ، لأن هذا لسوء رميه، فإن عرض عارض ، من كسر قوس أو انقطاع وتر ، أو ريح شديده ، فأصاب ، حسب له ، لأن إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه ، وإن أخطأ لم يحسب عليه ، لأنه للعارض . وقال القاضى : لا يحسب له ، لأنه لا يحسب عليه فى الخطأ ، فلا يحسب له فى الإصابة ، كما فى الريح الشديدة . وإن انكسر السهم فوقع دون الغرض ، لم يحسب عليه ، لأنه لعارض ، وإن أصاب بنصله حسب له لما

---

(١) **ضعيف**. رواه الديلمى فى «مسند الفردوس» [٢٢٤٥]، من حديث أبى هريرة ﷺ مرفوعاً بلفظ: «تعلموا الرمى فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة». قال الحافظ فى «التلخيص» (١٦٤/٤) : لم أجده هكذا إلا عند صاحب مسند الفردوس من جهة ابن أبى الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبى هريرة ـ فذكره، ثم قال: وإسناده ضعيف مع انقطاعه. اهـ.

ذكرناه، وإن أصاب بغيره ، لم يحسب له ، وإن أغرق الرامي في النزع حتى أخرج السهم من الجانب الآخر، احتسب له وعليه، لأنه لسوء رميه أخطأ ، ولحذقه أصاب ، ولأن ما حسب عليه في الخطأ حسب له في الإصابة كغيره . وإن مرت بهيمة بين يديه ، وتشوش رميه ، لم يحسب عليه في الخطأ ، لأنه لذلك العارض، وإن خرقه وأصاب حسب له ، لأن هذا لقوة نزعه ، وسداد رميه ، وإن شرطا الخسق ، فأصاب الغرض ، وثبت فيه ، حسب له ، فإن سقط بعد ، لم يؤثر ، كما لو نزعه إنسان . وإن ثقب ولم يثبت ، ففيه وجهان: أحدهما- لا يحتسب له ، لأن الخاسق ما ثبت ، ولم يوجد . والثاني- يحسب له ، لأنه ثقب ما يصلح له ، فالظاهر أنه لم يثبت لعارض من سعة الثقب ، أو غلظ لقيه . وإن مرق منه حسب له ، لأنه لقوة رميه ، وإن خدشه ، ولم يثبت فيه لمانع من حجر ، أو غلظ الأرض ، فعلى الوجهين ، لكن إن لم يحسب له لم يحسب عليه ، لأن العارض منعه ، وإن لم يكن مانع حسب عليه ، وإن اختلفا في العارض ، وعلم موضع السهم ، وفيه مانع ، فالقول قول صاحب السهم ، وإلا فالقول قول رسيله[1] ، ولا يمين ، لأن الحال تشهد بصدق المدعي ، وإن لم يعلم موضع السهم ، ولم يوجد وراء الغرض مانع ، فالقول قول رسيله لذلك، وإن كان وراءه مانع ، فقال الرسيل ، لم يثقب موضع المانع، أو أنكر الثقب ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم ما يدعيه صاحبه ، لكنه محتمل فأحلفناه لذلك ، وإن كان في الغرض خرق ، أو موضع بال ، فوقع السهم فيه ، وثبت في الهدف ، وكان صلابته كصلابة الغرض ، حسب له ، لأنه لولا الخرق لثبت في الغرض ، وإن لم يكن كذلك ، لم يحسب له ولا عليه ، لأنا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض أم لا ؟ وإن ثبت في الهدف فوجد في نصله قطعة من الغرض، فقال الرامي : هذا الجلد قطعه سهمي لقوته ، وقال رسيله : بل هذه جلدة كانت منقطعة من قبل ، فالقول قول الرسيل ، لأن الأصل عدم الخسق.

فصل: الشرط الخامس: أن يكون مدى الغرض معلوماً مقدراً بما يصيب

---

(١) أي متابعه. (المصباح المنير).

مثلهما في مثله عادة ، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ، فاشترط العلم به كالنوع ، وإن جعلا قدراً لا يصيبان في مثله ، أو لا يصيبان إلا نادراً ، كالزائد على ثلاثمائة ذراع ، لم يجز ، لأن الإصابة تندر في مثل هذا فيفوت الغرض .

فصل : الشرط السادس– أن يكون الرشق معلوماً، والرشق بكسر الراء : عدد الرمي ، لأن الحذق في الرمي لا يعلم إلا بذلك .

فصل : الشرط السابع– أن يكون عدد الإصابة معلوماً ، كخمسة من عشرين ونحوها ، ويعتبر أن يكون إصابة لا تندر مثلها ، فإن شرط إصابة الجميع ، أو تسعة من عشرة ، لم يصح ، لأن هذا يندر ، فيفوت الغرض . ويستحب أن يبينا حكم الإصابة هل هي مبادرة أو محاطة ؟ والمبادرة : أن يقولا : من سبق إلى إصابتين أو نحوهما ، فهو السابق ، فأيهما سبق إليهما مع تساويهما في الرمي ، فهو السابق ، فإذا رمى كل واحد عشرة ، فأصاب أحدهما إصابتين دون الآخر ، فهو السابق . ولا يلزم إتمام الرمي لأن المقصود قد حصل ، وإن أصاب كل واحد منهما من العشرة إصابتين ، فلا سابق فيهما ، وبطل النضال ، لأن الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها ، فإن رميا العشرين ، فلم يصب واحد منهما إصابتين ، أو أصاباها معاً ، فلا سابق فيهما . وأما المحاطة ، فهي أن يشترطا حط ما تساويا فيه من الإصابة ، ثم من فضل صاحبه بإصابة معلومة ، فقد سبق ، فإن شرطا فضل ثلاث إصابات ، فرميا خمسة عشر ، أصابها أحدهما كلها ، وأخطأها الآخر كلها ، فالمصيب سابق . ولا يجب إتمام الرمي ، لعدم الفائدة فيه ، لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب المخطئ الخمسة الباقية ، ويخطئها الأول ، ولا يخرج الثاني بذلك عن كونه مسبوقاً ، وإن كان في إتمامه فائدة مثل أن يكون الثاني أصاب من الخمسة عشر تسعة ، فإذا أصاب الخمسة الباقية ، وأخطأها الأول لم يكن مسبوقاً ، وجب إتمام الرمي. فإن أطلقا العقد ، انصرف إلى المبادرة ، لأن العقد على المسابقة ، والبادر سابق ، ذكر هذا القاضي. وقال أبو الخطاب: يشترط بيان ذلك في المسابقة، لأن الغرض يختلف به، فمن الناس من تكثر إصابته في الأول دون الثاني، فوجب اشتراطه، كقدر مدى الغرض.

فصل : الشرط الثامن– التسوية بين المتناضلين في عدد الرشق والإصابة وصفتها وسائر أحوال الرمى ، فإن تفاضلا فى شئ منه ، أو شرطا أن يكون فى يد أحدهما من السهام أكثر ، أو أن يرمى أحدهما والشمس فى وجهه ، أو يحسب له خاصل الاختلاف بخاسق ، أو لا يحسب عليه سهم خاطئ ، لم يصح ، لأن القصد معرفة حذقهما ، ولا يعرف مع الاختلاف ، لأنه ربما فضله بشرطه لا بحذقه ، وإن شرطا أن يحسب خاسق كل واحد منهما بخاصلين ، أو أن يسقط القريب من إصابة أحدهما ما هو أبعد منها من رمى الآخر ، فمن فضل بعد بثلاث إصابات فهو السابق ، لأنه لا فضل لأحدهما فى عدد ولا صفة ، وهذه نوع محاطة فصحت كاشتراط حط ما تساويا فيه .

فصل : وإن كان الرماة حزبين ، اشترط كون الرمى يمكن قسمته عليهم ، إن كان كل حزب ثلاثة ، وجب أن يكون له ثلث صحيح، لأنه يجب التسوية بينهما فى عدد الرمى ، ولا يمكن إلا بذلك ، فوجب . وإذا نضل أحد الحزبين صاحبه ، فالجعل بين الناضلين ، سواء من أصاب ومن لم يصب . ويحتمل أن يكون بينهم على قدر إصاباتهم ، لأنهم بها يستحقون . والجعل على المنضولين بالسوية وجهاً واحداً ، لأنه يلزمهم بالتزامهم لا بإصابتهم بخلاف الناضلين.

فصل : فإن كان فى أحد الحزبين من لا يحسن الرمى ، بطل العقد فيه ، لأنها لا تنعقد على من لا يحسن الرمى ، ويخرج من الحزب الآخر بإزائه ، كما إذا بطل البيع فى بعض المبيع ، بطل فى ثمنه . وهل يبطل العقد فى الباقين ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة . فإن قلنا : لا يبطل ، فلهم الخيار فى الفسخ والإمضاء ، لأن الصفقة تفرقت عليهم، فإن اختاروا إمضاءه ، ورضوا بمن يخرج بإزائه وإلا انفسخ العقد .

فصل : ويرمى واحد بعد الآخر ، لأن رميهما معاً يفضى إلى النزاع والجهل بالمصيب . فإن اتفقا على المبتدئ منهما ، جاز . وإن كان بينهما شرط ، عمل به . وإن اختلفا ولا شرط بينهما ، قدم المخرج ، فإن كان المخرج غيرهما ، اختار منهما ،

فإن لم يختر أقرع بينهما . وإذا بدأ أحدهما في وجه ، بدأ الآخر في الثاني تعديلاً بينهما . فإن شرطا البداية لأحدهما في كل الوجوه ، لم يصح ، لأنه تفضيل وإن فعلاه بغير شرط ، جاز لأنه لا أثر له في إصابة ، ولا تجويد رمي. ويرميان مراسلة سهماً سهماً، أو سهمين وسهمين . وإن اتفقا على غير هذا ، جاز لعدم تأثيره في مقصود المناضلة.

فصل: وإن مات أحد الرامين، أو ذهبت يده، بطل العقد، لأن المعقود عليه تلف، فأشبه موت الفرس في السباق. وإن مرض أو رمد، لم يطل، لأنه يمكن الاستيفاء بعد زوال العذر. وله الفسخ، لأن فيه تأخير المعقود عليه فملك الفسخ كالإجارة. وإن عرض مطر ، أو ريح ، أو ظلمة ، أخر إلى زوال العارض . وإن أراد أحدهما التأخير لغير عذر، فله ذلك إن قلنا: هي جعالة، لأنها جائزة، وليس له ذلك إن قلنا : هي إجارة، ويكره للأمين مدح أحدهما أو زجره، لأن فيه كسر قلبه أو قلب صاحبه .

بَابُ
اللقطة

وهي المال الضائع عن ربه، وهي ضربان : ضال وغيره ، فأما غير الضال فيجوز التقاطه بالإجماع . وهو نوعان : يسير يباح التصرف فيه بغير تعريف ، لما روى جابر ﷺ قال : رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به [1] رواه أبو داود . ولا تحديد في اليسير إلا أنه ينبغي أن يعفى عما رخص فيه النبي ﷺ في الحديث وشبهه، وقال أحمد رحمه الله: ما كان مثل التمرة والكسرة والخرقة وما لا خطر له ، فلا بأس . ويحتمل أن لا يجب تعريف مالا يقطع

(١) **ضعيف**. رواه أبو داود [١٧١٧]، والبيهقي (١٩٥/٦) ، من طريق المغيرة بن زياد عن أبي الزبير عن جابر ﷺ به. وإسناد ضعيف فيه المغيرة بن زياد وهو صدوق له أوهام، وأبو الزبير مدلس وقد عنعنه، والحديث ضعفه البيهقي والحافظ في «الفتح» (٨٥/٥).

فيه السارق ، لأنه تافه . قالت عائشة رضي الله عنها : كانوا لا يقطعون في الشئ التافه[١].

والنوع الثاني– الكثير فظاهر كلام أحمد أن ترك التقاطه أفضل ، لأنه أسلم من خطر التفريط وتضييع الواجب من التعريف ، فأشبه ولاية اليتيم . واختار أبو الخطاب أن أخذه أفضل إذا وجده بمضيعة ، وأمن نفسه عليه ، لما فيه من حفظ مال المسلم ، فكان أولى كتخليصه من الغرق ، ولا يجب أخذه ، لأنه أمانة ، فلم يجب كالوديعة . ومن لم يأمن نفسه عليه ، ويقوى على أداء الواجب فيه، لم يجز له أخذه ، لأنه تضييع لمال غيره ، فحرم كإتلافه .

فصل : إذا أخذها ، عرف عفاصها ، وهو وعاؤها، ووكاءها، وهو الذى تشد به، وجنسها، وقدرها، لما روى زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق ، فقال : **«اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف ، فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك . فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه»**[٢] متفق عليه . نص على الوكاء والعفاص ، وقسنا عليهما القدر والجنس، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء ، لم تختلط بغيرها ، وعرف بذلك صدق مدعيها ، أو كذبه . وإن أخر معرفة صفتها إلى مجئ مدعيها ، أو تصرفه فيها جاز، لأن المقصود يحصل وقد جاء ذلك في حديث أبي.

ولا يحل له التصرف فيها إلا بعد معرفة صفتها ، لأن عينها تذهب ، فلا يعلم صدق مدعيها إلا من حفظ صفتها . ويستحب أن يشهد عليه ، نص عليه ، لما روى عياض بن حمار أن النبي ﷺ قال : **«من وجد لقطة فليشهد ذا عدل ، أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب»**[٣]

---

(١) **صحيح**. رواه ابن أبي شيبة (٤٧٦/٩)، عن عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: لم يكن يقطع على عهد النبي ﷺ في الشئ التافه. وإسناده صحيح على شرط مسلم، وصححه ابن حزم في «المحلى» (٣٥٢/١١).

(٢) رواه البخاري [٢٤٢٨]، ومسلم [١٧٢٢] واللفظ له، وأبو داود [١٧٠٤]، والترمذي [١٣٧٢]، والنسائي في «الكبرى» [٥٨١٢]، وأحمد (١١٧/٤).

(٣) **صحيح**. رواه أبو داود [١٧٠٩]، والنسائي في «الكبرى» [٥٨٠٨]، وابن ماجه [٢٥٠٥]، وأحمد (١٦١/٤)، وابن حبان [٤٨٩٤]، وابن الجارود [٦٧١]، وصححه ابن خزيمة، وابن حبان، وابن الجارود، كما قال الحافظ في «البلوغ» (ص: ١٩٥).

رواه أبو داود . ولأن فيه حفظها من ورثته إن مات وغرمائه إن أفلس ، وصيانته من الطمع فيها ولا يجب ذلك لتركه في حديث زيد ، ولأنها أمانة فلا يجب الإشهاد عليها كالوديعة . قال أحمد رحمه الله: ولا يبين في الإشهاد كم هي ، لكن يقول : أصبت لقطة .

فصل : ويجب تعريفها ، لأمر النبي ﷺ به ، ولأنه طريق وصولها إلى صاحبها فوجب كحفظها . ويجب التعريف حولاً من حين التقاطها متوالياً ، لأن النبي ﷺ أمر به عند وجدانها ، والأمر يقتضي الفور . ولأن الغرض وصول الخبر وظهور أمرها ، وإنما يحصل بذلك ، لأن صاحبها إنما يطلبها عقيب ضياعها. ويكون التعريف في مجامع الناس ، كالأسواق ، وأبواب المساجد ، وأوقات الصلوات ، لأن المقصود إشاعة أمرها وهذا طريقه ، ويكثر منه في موضع وجدانها ، وفي الوقت الذي يلي التقاطها ، ولا يعرفها في المسجد لقول رسول الله ﷺ : « **من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردها الله عليك، فإن المساجد لم تبن لهذا** »[1] رواه مسلم. ويقول : من ضاع منه كذا ، يذكر جنسها أو يقول: شئ ولا يزيد في صفتها ، لئلا يفوت طريق معرفة صاحبها . وأجرة المعرف على الملتقط، لأن التعريف عليه ، ولأنه سبب تملكها ، فكان على متملكها ، قال أبو الخطاب : إن التقطها للحفظ لصاحبها لا غير ، فالأجرة على مالكها يرجع بها عليه . وقاله ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف.

فصل : فإذا جاء مدعيها ، فوصفها بصفاتها المذكورة ، لزم دفعها إليه لأمر النبي ﷺ به ، ولأنه لو لم يدفع بالصفة لتعذر وصول صاحبها إليها ، لتعذر إقامة البينة، فإن وصفها اثنان ، أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه ، حلف وسلمت إليه ، كما لو ادعى الوديعة اثنان، وقال أبو الخطاب : تقسم بينهما ، وإن وصفها أحدهما وللآخر بينة قدم ذو البينة ، لأنها أقوى من الوصف ، فإن كان الواصف سبق فأخذها، نزعت منه ، وإن تلفت في يده ، فلصاحبها تضمين من شاء منهما ، لأن

---

(١) رواه مسلم [٥٦٨] ، وأبو داود [٤٧٣] ، وابن ماجه [٧٦٧] ، وأحمد (٢/٣٤٩) ، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

الواصف أخذ مال غيره بغير إذنه، والملتقط دفعه إليه بغير إذن مالكه، ويستقر الضمان على الواصف ، لأن التلف في يده ، فإن ضمن ، لم يرجع على أحد . وإن ضمن الملتقط رجع عليه ، إلا أن يكون الملتقط دفعها إليه بحكم حاكم فلا يضمن، لأنها تؤخذ منه قهراً . وإن أتلفها الملتقط ، فغرمه الواصف عوضها ، ثم جاء صاحب البينة ، لم يرجع إلا على الملتقط، لأن الواصف إنما أخذ مال الملتقط ولم يأخذ اللقطة ، ثم يرجع الملتقط على الواصف .

فصل : وإن لم تعرف دخلت في ملك الملتقط عند الحول حكماً ، كالميراث ، لقول النبي ﷺ في حديث زيد: « **فإن لم تعرف فاستنفقها** »، وفي لفظ: « **وإلا فهي كسبيل مالك** »[١] ولأنه كسب مال بفعل ، فلم يعتبر فيه اختيار التملك ، كالصيد. واختار أبو الخطاب : أنه لا يملكها إلا باختياره ، لأنه تملك مال ببدل فاعتبر فيه اختيار التمليك ، كالبيع . والغني والفقير سواء في هذا ، لأن النبي ﷺ لم يفرق ، ولأنه تملك مال بعوض ، أشبه البيع .

فصل : وما جاز التقاطه ووجب تعريفه ، ملك به ، نص عليه أحمد في الصياد يقع في شبكته الكيس والنحاس: يعرفه سنة ، فإن جاء صاحبه وإلا فهو كسائر ماله . وهذا ظاهر كلام الخرقي . وقال أكثر أصحابنا : لا يملك غير الأثمان ، لأن الخبر ورد فيها ، ومثلها لا يقوم مقامها من كل وجه ، لعدم تعلق الغرض بعينها فلا يقاس عليها غيرها . قال أبو بكر : ويعرفها أبداً، وقال القاضي : هو مخير بين ذلك وبين دفعها إلى الحاكم . وقال الخلال : كل من روى عن أبي عبد الله أنه يعرفها سنة ، ثم يتصدق به ، والذي نقل عنه أنه يعرفها أبداً ، قول قديم رجع عنه . والأول أولى ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : أتى رجل رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء ، أو في قرية مسكونة ؟ قال : « **عرفه سنة فإن جاء صاحبه وإلا**

---

(١) سبق تخريجه قبل هذا بثلاثة أحاديث، واللفظ الآخر رواه مسلم [١٧٢٣]، وابن ماجه [٢٥٠٦]، وأحمد (١٢٦/٥)، من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه .

فشأنك به »[١] رواه الأثرم . وقال عمر بن الخطاب ﷺ في عيبة: عرفها سنة، فإن عرفت وإلا فهي لك ، أمرنا بذلك رسول الله ﷺ[٢] ، ولأنه مال يجوز التقاطه ويجب تعريفه فملك به ، كالأثمان . وقد دل الخبر على جواز أخذ الغنم مع تعلق الغرض بعينها فيقاس عليها غيرها .

فصل : ولقطة الحرم تملك بالتعريف في ظاهر كلامه ، لظاهر الخبر ، ولأنه أحد الحرمين أشبه المدينة ، وعنه : لا تملك بحال ، ويجب تعريفها أبداً أو يدفعها إلى الحاكم ، لقول النبي ﷺ في مكة: «**لا تحل ساقطتها إلا لمنشد**»[٣] متفق عليه.

فصل : واللقطة مع الملتقط قبل تملكها أمانة ، عليه حفظها بما يحفظ به الوديعة وإن ردها إلى موضعها ، ضمنها ، لأنه ضيعها ، وإن تلفت بغير تفريط ، لم يضمنها ، لقول رسول الله ﷺ : « **ولتكن وديعة عندك** » ولأنه يحفظها لصاحبها بإذن الشرع ، أشبه الوديعة . وإن جاء صاحبها ، أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة، لأنها ملكه . وإن جاء بعد تملكها ، أخذها أيضاً ، لقول النبي ﷺ: « **فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه** ». ويأخذها بزيادتها المتصلة ، لأنها تتبع في الفسوخ ، وزيادتها المنفصلة بعد تملكها لملتقطها ، لأنها حدثت على ملكه ، فأشبه نماء المبيع في يد

---

(١) **حسن**. رواه أبو داود [١٧١٠]، والنسائي في «الكبرى» [٥٨٢٦]، ورواه الترمذي [١٢٨٩]، بدون ذكر محل الشاهد، كلهم من طريق الليث، عن محمد بن عجلان، عن عمرو به، وإسناده حسن؛ فيه محمد بن عجلان وهو صدوق اختلط في أحاديث أبي هريرة، كما في «التقريب»، وتابعه عبيد الله بن الأخنس ـ وهو صدوق ـ أخرجه أبو داود [١٧١٢]، وتابعه أيضًا الوليد بن كثير ـ وهو صدوق ـ أخرجه أبو داود [١٧١١]، وتابعه عمرو بن الحارث ـ وهو ثقة ـ وهشام بن سعد ـ وهو صدوق له أوهام ـ أخرجه النسائي في «الكبرى» [٥٨٢٧]، قال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٢) **إسناده حسن**. رواه النسائي في «الكبرى» [٥٨١٨، ٥٨١٩]، والبيهقي (١٨٧/٦) من طريق عمرو بن شعيب عن عمرو وعاصم ابني سفيان بن عبد الله عن أبيهما ﷺ به، وإسناده حسن، عمرو بن شعيب، صدوق، وعمرو بن سفيان مقبول، وأخوه عاصم صدوق كما في «التقريب»، وسفيان بن عبد الله الثقفي له صحبة كما في «تحفة الأشراف» (٢٦/٨).

(٣) سبق تخريجه (٦/٢)، وهو جزء من حديث أبي هريرة ﷺ: «إن الله حبس عن مكة الفيل».

المشترى ، فإن تلفت بعد تملكها ، ضمنها ، لأنها تلفت من ماله ، وإن نقصت بعد التمليك ، فعليه أرش نقصها ، وإن باعها أو وهبها بعد تملكها ، صح ، لأنه تصرف صادف ملكه ، فإن جاء صاحبها فى مدة الخيار ، وجب فسخ البيع وردها إليه ، لأنه يستحق العين ، وقد أمكن ردها إليه . فإن جاء بعد لزوم البيع ، فهو كتلفها ، لأنه تعذر ردها .

فصل : الضرب الثانى– الضوال وهى الحيوانات الضائعة ، وهى نوعان: أحدهما– ما يمتنع من صغار السباع إما لقوته ، كالإبل والخيل ، أو بجناحه كالطير، أو بسرعته كالظباء ، أو بنابه كالفهد ، فلا يجوز التقاطه ، لما روى زيد بن خالد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ سئل عن ضالة الإبل فقال : **« ما لك ولها ؟! دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها »**[1] متفق عليه . وللإمام أخذها ، ليحفظها لأربابها ، لأن للإمام ولاية فى حفظ أموال المسلمين ، ولهذا كان لعمر حظيرة يحفظ فيها الضوال [2]، فإذا أخذها ، وكان له حمى ترعى فيه ، تركها ، وأشهد عليها ، ووسمها بسمة الضوال، وإن لم يكن له حمى ، خلاها وحفظ صفاتها ، ثم باعها ، وحفظ ثمنها لصاحبها ، لأنها تحتاج إلى علف ، فربما استغرق ثمنها ، وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ، ضمنها ولم يملكها ، وإن عرفها ، فإن دفعها إلى الإمام ، برئ من ضمانها ، لأنه دفعها إلى من له الولاية عليها ، أشبه دفعها إلى صاحبها ، وإن ردها إلى موضعها ، لم يبرأ ، لأن ما لزمه ضمانه ، لا يبرأ منه إلا برده إلى صاحبه أو نائبه كالمسروق .

فصل : النوع الثانى– ما لا يتحفظ عن صغار السباع ، كالشاة وصغار الإبل والبقر ونحوها ، فعن أحمد رحمه الله: لا يجوز التقاطها ، لأنه روى عن النبى ﷺ:

---

(١) سبق تخريجه (٢/٢٤٢).

(٢) **ضعيف**. رواه مالك فى «الموطأ» (ص: ٤٧٣)، ومن طريقه البيهقى (٦/١٩١) أنه سمع ابن شهاب يقول: كانت ضوال الإبل فى زمان عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة تنَاتج، لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها. وإسناده منقطع فإن الزهرى لم يدرك عمر ولا عثمان رضي الله عنهما. وقد احتج الإمام الشافعى فى «الأم» (٤/٦٦) بفعل عمر وعثمان رضي الله عنهما.

«لا يؤوى الضالة إلا ضال»[١] رواه أبو داود، ولأنه حيوان أشبه الإبل، والمذهب جواز التقاطها ، لما روى زيد بن خالد ﷺ أن النبى ﷺ سئل عن الشاة ، فقال : **« خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب »**[٢] متفق عليه . وهذا يخص عموم الحديث الآخر، ولأنه يخشى عليها التلف ، أشبه غير الضالة ، وسواء وجدها فى المصر أو فى مهلكة ، لأن الحديث عام فيهما ، ولأنه مال يجوز التقاطه ، فاستويا فيه ، كالأثمان. والعبد الصغير ، كالشاة فى جواز التقاطه ، لأنه لا يتحفظ بنفسه. فأما الحمر فألحقها أصحابنا بالنوع الأول ، لأن لها قوة فأشبهت البقر ، وظاهر حديث زيد إلحاقها بالغنم، لأنه علل أخذ الشاة بخشية الذئب عليها ، والحمر مثلها فى ذلك ، وعلل المنع من الإبل لقوتها على ورود الماء ، وصبرها بقوله: **« معها سقاءها »** والحمر بخلافها . ومتى التقط هذا النوع خير بين أكله فى الحال، وحفظه لصاحبه، وبيعه ، وحفظ ثمنه ، لقول النبى ﷺ : **«هى لك، أو لأخيك»** ولم يأمره بحفظها ، ولأن إبقاءها يحتاج إلى غرامة ، ونفقة دائمة فيستغرق قيمتها ، فإن اختار إبقاءها وحفظها لصاحبها ، فهو الأولى ، وينفق عليها لأن به بقاءها ، فإن لم يفعل ضمنها ، لأنه فرط فيها . وإن أنفق عليها متبرعاً ، لم يرجع على صاحبها ، وإن نوى الرجوع على صاحبها ، وأشهد على ذلك، ففى الرجوع به روايتان ، بناء على الوديعة . وإن اختار أكلها أو بيعها لزمه حفظ صفتها ، ثم يعرفها عاماً ، فإذا جاء صاحبها ، دفع إليه ثمنها ، أو غرمه له إن أكلها ، ولا يلزمه عزل ثمنها إذا أكلها ، لأنه لا يخرج من ذمته بعزله ، فلم يلزمه كسائر ما يلزمه ضمانه ، وإن أراد بيعها ، فله أن يتولى ذلك بنفسه ، لأن ما ملك أكله ، فبيعه أولى ، فإذا عرفها حولاً ، ولم تعرف ، ملكها إن كانت باقية ، أو ثمنها إن باعها ، لأن حديث زيد يدل على ملكه لها ، لأنه أضافها

---

(١) **حسن**. رواه ابن ماجه [٢٥٠٣]، وأحمد (٣٦٠/٤)، والبيهقى (١٩٠/٦)، من طريق الضحاك بن المنذر بن جرير بن عبد الله البجلى عن أبيه، عن جده به. والضحاك وأبوه كلاهما مقبول، كما فى «التقريب»، ورواه أبو داود [١٧٢٠] من طريق أبى حيان التيمى عن المنذر بن جرير، عن أبيه به. والحديث حسن يشهد له ما رواه زيد بن خالد ﷺ مرفوعاً: **«من أوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها»** رواه مسلم [١٧٢٥]، وأحمد (١١٧/٤).

(٢) سبق تخريجه (٢٤٢/٢).

إليه بلام التمليك ، ولأنه مال يجوز التقاطه ، فيملك بالتعريف ، كالأثمان . وعنه : لا يملكها ، والمذهب الأول .

فصل : وإن التقط ما لا يبقى عاماً ، كالبطيخ والطبيخ ، لم يجز تركه ليتلف ، فإن فعل ، ضمنه ، لأنه فرط في حفظه ، فإن كان مما لا يبقى بالتجفيف ، كالبطيخ خير بين بيعه وأكله ، وإن كان يبقى بالتجفيف ، كالعنب والرطب ، فعل ما فيه الحظ لصاحبه من بيعه وأكله وتجفيفه ، فإن احتاج في التجفيف إلى غرامة ، باع بعضه فيها ، وإن أنفقها من عنده ، رجع بها ، لأن النفقة ها هنا لا تتكرر بخلاف نفقة الحيوان ، فإنها تتكرر ، فربما استغرقت قيمته ، فلا يكون لصاحبها حظ في إمساكها إلا بإسقاط النفقة عنه . وإن أراد بيعها ، فله البيع بنفسه لما ذكرنا في الضوال . وعنه : له بيع اليسير ، فأما الكثير ، فإنه يرفعه إلى السلطان ، والقول في تعريفه ، وسائر أحكامه ، كالقول في الشاة .

فصل : قال أحمد رحمه الله: من اشترى سمكة ، فوجد في بطنها درة ، فهي للصياد ، وإن وجد دراهم ، فهي لقطة ، لأنها لا تبتلع الدراهم إلا بعد ثبوت اليد عليها ، وقد تبتلع درة من البحر مباحة ، فيملكها الصياد بما فيها ، فإن باعها ولم يعلم بالدرة ، لم يزل ملكه عنها، كما لو باع داراً له فيها مال لم يعلم به.

فصل : وإن وجد اللقطة اثنان ، فهي بينهما ، لأنهما اشتركا في السبب ، فاشتركا في الحكم ، وإن ضاعت من واجدها ، فوجدها آخر ردها على الأول ، لأنه قد ثبت له الحق فيها ، فوجب ردها إليه ، كالملك . وإن رآها اثنان ، فرفعها أحدهما فهي له ، لقول النبي ﷺ : « **من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له** »[1] وإن رآها أحدهما فقال للآخر : ارفعها ، ففعل ، فهي لرافعها ، لأنه مما لا يصح التوكيل فيه .

فصل : فإن التقطها صبي أو مجنون أو سفيه ، صح التقاطه ، لأنه كسب بفعل ، فصح منه كالصيد، فإن تلفت في يده بغير تفريط ، لم يضمنها ، لأنه أَخَذَ

---

(١) سبق تخريجه (١/٣٣٠).

مَا لَهُ أَخْذُهُ ، وإن تلفت بتفريط ضمنها ، ومتى علم وليه بها ، لزمه نزعها منه وتعريفها ، لأنها أمانة ، والمحجور عليه ليس من أهلها ، وإذا تم تعريفها ، دخلت فى ملك واجدها حكماً ، كالميراث .

فصل : ويصح التقاط العبد بغير إذن سيده ، لعموم الخبر ، ولما ذكرنا فى الصبى، ويصح تعريفه لها ، لأن له قولاً صحيحاً ، فصح تعريفه كالحر ، فإذا تم تعريفها ملكها سيده ، لأنها كسب عبده ، ولسيده انتزاعها منه قبل تعريفها ، لأن كسب عبده له ، ويتولى تعريفها ، أو إتمامه ، وله إقرارها فى يد عبده الأمين، ويكون مستعيناً به فى حفظها وتعريفها ، ولا يجوز إقرارها فى يد من ليس بأمين ، لأنها أمانة، فإن فعل ، فعليه الضمان ، وإن علم العبد أن سيده غير مأمون عليها ، لزمه سترها عنه ، وتسليمها إلى الحاكم ليعرفها ، ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان . وإن أتلفها العبد ، فحكم ذلك حكم جنايته ، وإن عتق العبد بعد الالتقاط ، فلسيده أخذها ، لأنها كسبه .

فصل : والمكاتب كالحر ، لأن كسبه لنفسه ، والمدبر وأم الولد كالقن ، ومن نصفه حر فلقطته بينه وبين سيده ككسبه ، فإن كانت بينهما مهايأة ، لم تدخل فى المهايأة فى أحد الوجهين ، لأنها من الأكساب النادرة ، فأشبهت الميراث ، والآخر تدخل ، لأنها من كسبه فهى كصيده ، وفى الهدية والوصية وسائر الأكساب النادرة وجهان ، كاللقطة .

فصل : والذمى كالمسلم للخبر ، ولأنه كسب يصح من الصبى ، فصح من الذمى كالصيد ، والفاسق كالعدل لذلك ، لكن إن علم الحاكم بها ، ضم إليه أميناً يحفظها ، ويتولى تعريفها ، لأنها أمانة فلا يؤمن خيانته فيها ، فإذا عرفها ، ملكها ملتقطها .

فصل : ومن التقط لقطة لغير التعريف ، ضمنها ولم يملكها ، وإن عرفها ، لأنه أخذها على وجه يحرم عليه ، فلم يملكها كالغاصب ، ومن ترك التعريف فى الحول الأول ، لم يملكها وإن عرفها بعد ، لأن السبب الذى يملكها به قد فات،

ولا يبرأ منها إلا بتسليمها إلى الحاكم .

فصل : ومن ترك دابة بمهلكة ، فأخذها إنسان ، فخلصها ، ملكها ، لما روى الشعبي قال : حدثني غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها ، فأخذها فأحياها فهي له**»[(١)] ؛ ولأن فيه إنقاذ الحيوان من الهلاك ، مع نبذ صاحبه له ، فأشبه السنبل الساقط . فإن كان مكانها عبد، لم يملكه ، لأنه في العادة يمكنه التخلص ، وإن كان متاعاً ، لم يملكه ، لأنه لا حرمة له في نفسه .

باب
اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، والتقاطه فرض على الكفاية ، لأنه إنجاء آدمي من الهلاك فوجب ، كتخليص الغريق . وهو محكوم بحريته ، لما روى سنين أبو جميلة قال وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال : اذهب فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته[(٢)] . رواه سعيد في « سننه » . ولأن الأصل في الآدميين الحرية ، ويحكم بإسلامه في دار الإسلام إذا كان فيها مسلم ، لأنه اجتمع الدار وإسلام من فيها . وإن وجد في بلد فيه كفار ، ولا مسلم فيه ، فهو كافر ، لأن الظاهر أنه ولد كافرين،

---

(١) **حسن**. رواه أبو داود [٣٥٢٤] ، والدارقطني (٣/٦٨) ، والبيهقي (٦/١٩٨) ، من طريق عبيد الله بن حميد الحميري، عن الشعبي به. وإسناده حسن، رجاله ثقات رجال الصحيح غير الحميري فهو مقبول كما في «التقريب» . والحديث سكت عنه أبو داود، وقد ذهب البيهقي والبغوي في «شرح السنة» (٨/٣٢١) إلى الحكم بانقطاع السند، وأجاب ابن التركماني في «الجوهر النقي» بأن مثل هذا ليس بمنقطع بل هو موصول، وأن الصحابة كلهم عدول.

(٢) **صحيح**. رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم – في كتاب الشهادات باب إذا زكى رجل رجلاً كفاه. ووصله مالك (ص: ٤٦٠) ، وعنه الشافعي في «الأم» (٤/٧١) ، عن ابن شهاب عن سنين به. وصححه الحافظ في «التغليق» (٣/٣٩٠) .

وإن وجد في بلد الكفار ، وفيه مسلمون ، ففيه وجهان: أحدهما– هو كافر ، لأنه في دارهم . والثاني– هو مسلم، تغليباً لإسلام المسلم الذي فيه .

فصل : وما يوجد عليه من ثياب أو حلي ، أو تحته من فراش أو سرير أو غيره ، أو في يده من نفقة ، أو عنان دابة ، أو مشدوداً في ثيابه ، أو ببعض جسده ، أو مجعولاً فيه ، كدار وخيمة ، فهو له ، لأنه آدمي حر فما في يده له ، كالبالغ . وإن وجد مطروحاً بعيداً منه ، أو قريباً أو مربوطاً بغيره ، لم يكن له ، لأنه لايد له عليه وكذلك المدفون تحته ، لأن البالغ لو جلس على دفين ، لم يكن له . وقال ابن عقيل: إن كان الحفر طرياً ، فهو له ، لأن الظاهر أنه حفر النابذ له ، وإن وجد بقربه مال موضوع ، ففيه وجهان: أحدهما– هو له إن لم يكن هناك غيره ، لأن الإنسان يترك ماله بقربه . والثاني– ليس هو له ، لأنه لايد له عليه .

فصل : وينفق عليه من ماله ، لأنه حر فينفق عليه من ماله كالبالغ . ويجوز للولي الإنفاق عليه من غير إذن الحاكم ، لأنه ولي فملك ذلك ، كولي اليتيم . ويستحب استئذانه ، لأنه أنفى للتهمة ، فإن بلغ واختلفا في النفقة فالقول قول المنفق وإن لم يكن له مال ، فنفقته في بيت المال ، لقول عمر رضي الله عنه: وعلينا نفقته ، ولأنه آدمي حر له حرمة ، فوجب على السلطان القيام به عند حاجته كالفقير . وليس على الملتقط نفقته ، لحديث عمر ، ولأنه لا نسب بينهما ولا ملك فأشبه الأجنبي . وإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال ، فعلى من علم حاله الإنفاق عليه فرض كفاية ، لأن به بقاءه فوجب ، كإنقاذ الغريق . فإن اقترض الحاكم ما أنفق عليه ، ثم بان رقيقاً ، أو له أب موسر ، رجع عليه ، لأنه أدى الواجب عنه ، فإن لم يظهر له أحد وفّي من بيت المال .

فصل : وإذا كان الملتقط أميناً حراً مسلماً ، أقر في يده ، لحديث عمر رضي الله عنه ، ولأنه لا بد له من كافل، والملتقط أحق للسبق . وفي الإشهاد عليه وجهان: أحدهما– لا يجب ، كما لا يجب في اللقطة . والثاني– يجب ، لأن القصد به حفظ النسب والحرية ، فوجب ، كالإشهاد في النكاح . وإن التقطه فاسق ، نزع منه

لأنه ليس في حفظه إلا الولاية ، ولا ولاية لفاسق . قال القاضي : هذا المذهب وظاهر قول الخرقي ، أنه يقر في يده ، لقوله : إن لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به . فعلى هذا يضم إليه أمين يشارفه ، ويشهد عليه ، ويشيع أمره ، ليتحفظ بذلك . وليس لكافر التقاط محكوم بإسلامه ، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، وإن التقطه ، نزع منه ، وله التقاط المحكوم بكفره، ويقر في يده لثبوت ولايته عليه. وليس للعبد الالتقاط إلا أن يإذن سيده، فتكون الولاية للسيد، والعبد نائب عنه.

فصل : فإن أراد الملتقط السفر به وهو ممن لم تختبر أمانته في الباطن ، نزع منه لأنه لا يؤمن أن يدعي رقه . وإن علمت أمانته باطناً فأراد نقله من الحضر إلى البدو ، منع منه ، لأنه ينقله إلى العيش في الشقاء ومواضع الجفاء . وإن أراد النقلة إلى بلد آخر يقيم فيه ، ففيه وجهان: أحدهما- يقر في يده لأنهما سواء فيما ذكرنا . والثاني- يمنع ، لأن بقاءه في بلده أرجى لظهور نسبه . وإن كان اللقيط في بدو ، فله نقله إلى الحضر ، لأنه أرفق به ، وله الإقامة به في البدو، في حلة لا ينتقل عن مكانها ، لأن الحلة كالقرية . وإن كان متنقلاً ، ففيه وجهان: أحدهما- يقر في يده لأنه أرجى لكشف نسبه ، والثاني- ينزع منه ، لأنه يشقى بالتنقل .

فصل : فإن التقطه موسر ومعسر ، قدم الموسر ، لأنه أحظ للطفل ، فإن تساويا وتشاحا ، أقرع بينهما ، لقول الله تعالى : ﴿ **وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ** ﴾ [آل عمران: ٤٤] ، ولأنهما تساويا في الحق ، فأقرع بينهما ، كالعبدين في العتق . وإن ترك أحدهما نصيبه ، كفله الآخر . والرجل والمرأة في هذا سواء ، لأن المرأة أجنبية ، والرجل يحضنه بأجنبية ، فهما سواء .

فصل : فإن اختلفا في الملتقط وهو في يد أحدهما ، فالقول قوله . وهل يستحلف ؟ فيه وجهان . فإن كان في أيديهما ، قدم أحدهما بالقرعة . وهل يستحلف ؟ على وجهين . وإن لم يكن في يد واحد منهما ، سلمه السلطان إلى من يرى منهما ، أو من غيرهما ، لأنه لايد لأحدهما . وإن كان لأحدهما بينة ، قضى بها ، لأنها أقوى ، فإن كانت لكل واحد منهما بينة ، قدم أسبقهما تاريخاً ،

لأنه ثبت بهـا السبق إلي الالتقـاط . وإن تساويا وهو فى يد أحدهمـا انبنى على بينة الداخل والخارج ، وإن تساويا فى اليد أو عدمها ، سقطتا وأقرع بينهـمـا فقدم بهـا أحدهما .

فصل : وإن ادعى نسبه رجل ، لحقه ، لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل ، كما لو أقر له بمال ، ويأخذه من الملتقط إن كان من أهل الكفالة ، لأن الوالد أحق بكفالة ولده . وإن كان كافراً ، لم يتبعه فى الدين . لأنه محكوم بإسلامه بالدار ، فلا يزول ذلك بدعوى كافر ، ولا يدفع إليه ، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ويثبت نسبه منه ، لأن الكافر كالمسلم فى ثبوت النسب منه . ولا ضرر على أحد فى انتسابه إليه ، وإن كانت له بينة بولادته على فراشه ، ألحق به نسباً وديناً ، لأنه ثبت أنه ابنه ببينة ، ذكره بعض أصحابنا . وقياس المذهب أنه لا يلحقه فى الدين إلا أن تقوم البينة أنه ولد كافرين حيين ، لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه ، أو موته . وإن ادعت امرأة نسبـه ، ففيها ثلاث روايـات: إحداهن– يقبل قولها ، لأنها أحد الأبوين فثبت النسب بدعواها ، كالأب ، ويلحق بها دون زوجها. الثانية– إن كان لها زوج ، لم تقبل دعواها ، لأنه يؤدى إلى أن يلحق بزوجها نسب لم يقر به، أو ينتسب إليها من يعير به . وإن لم يكن ، قبل ، لعدم ذلك . الثالثة– إن كان لها إخوة ونسب معروف ، لم تقبل دعواها لأن ولادتها لا تخفى عليهم وإن لم يكن قبلت . والأمة كالحرة ، إلا أنا إذا ألحقنا النسب بهـا ، لم يثبت رق ولدها ، لأنه محكوم بحريته ، فلا يثبت رقه بمجرد الدعوى ، كما لم يثبت كفره .

فصل : وإن ادعى نسبه رجلان ، ولأحدهما بينة ، فهو ولده ، لأن له حجة . فإن كان لهما بينتان ، أو لا بينة لهما عرض معهما على القافة ، أو مع عصبتهما عند فقدهما . فإن ألحقته بأحدهما ، لحق به ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبى ﷺ دخل مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : « **ألم ترى أن مجززاً المدلجى نظر آنفاً إلى زيد وأسامة ، وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها**

من بعض»[١] متفق عليه . فلولا أن ذلك حق. لما سر به النبي ﷺ . وإن ألحقته بهما ، لحقهما لما روى سليمان بن يسار عن عمر ﷺ في امرأة وطئها رجلان في طهر ، فقال القائف : قد اشتركا فيه ، فجعله عمر بينهما[٢] . رواه سعيد . وعن على مثله[٣] . قال أحمد : ويرثهما ويرثانه ، ونسبه من الأول قائم لا يزيله شئ ، قال: ويلحق بثلاثة ، وينبغي أن يلحق بمن ألحقته منهم وإن كثروا ، لأن المعنى في الإثنين موجود فيما زاد فيقاس عليه . وقال القاضي : لا يلحق بأكثر من ثلاثة . وقال ابن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين ، لأننا صرنا إلى ذلك ، للأثر فيجب أن يقتصر عليه . فإن لم يوجد قافة ، أو أشكل عليهم ، أو نفته عنهما ، أو تعارضت أقوالهم ، فقال أبو بكر : يضيع نسبه لأنه لادليل لأحدهما . فأشبه من لم يدع نسبه أحد. وقال ابن حامد: يترك حتى يبلغ، ويؤاخذان بنفقته، لأن كل واحد منهما مقر به فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب إلى من يميل طبعه إليه، لأن ذلك يروى عن عمر ﷺ، ولأن الطبع يميل إلى الوالد مالا يميل إلى غيره. فإذا تعذرت القافة، رجعنا إلى اختياره . ولا يصح انتسابه قبل بلوغه ، لأنه قول يتعين به النسب ، وتلزم به الأحكام ، فلا يقبل من الصبي ، كقول القائف . وسواء كان المدعيان مسلمين حرين ، أو كافرين رقيقين ، أو مسلماً وكافراً ، أوحراً وعبداً ، لأن كل واحد منهم لو انفرد صحت دعواه . فإن ادعاه امرأتان ، وقلنا بصحة دعواهما ، فهما كالرجلين، إلا أنه لا يلحق بأكثر من واحدة ، لأنه يستحيل ولد من اثنتين . وإن كانت إحداهما تسمع دعواها دون الأخرى ، فهي كالمنفردة به . وإن ألحقته القافة بكافر أو أمة ، لم

---

(١) رواه البخاري [٦٧٧١]، ومسلم [١٤٥٩]، وأبو داود [٢٢٦٧]، والترمذي [٢١٢٩]، والنسائي (١٥١/٦)، وابن ماجه [٢٣٤٩].

(٢) **صحيح**. رواه الطحاوي في «شرح المعاني» (١٦١/٤)، والبيهقي (٢٦٣/١٠)، بإسناد مرسل فإن سليمان بن يسار لم يدرك عمر ﷺ كما في «المراسيل» لابن أبي حاتم (ص: ٨٢) ، ورواه الطحاوي (١٦٢/٤)، من طريق الشعبي عن ابن عمر أن رجلين اشتركا في طهر امرأة، فولدت، فدعا عمر القافة، فقالوا: أخذ الشبه منهما جميعاً، فجعله عمر بينهما. وإسناده صحيح على شرط الشيخين.

(٣) **إسناده ضعيف**. رواه الطحاوي في «شرح المعاني» (١٦٤/٤) من طريق مولى لبني مخزومة، عن علي ﷺ ، بلفظ: هو بينكما. وإسناده ضعيف لجهالة مولى بني مخزومة.

يحكم برقه ، ولا كفره ، لأنه ثبت إسلامه وحريته بظاهر الدار ، فلا يزول ذلك بظن ولا شبهة ، كما لم يزل بمجرد الدعوى .

فصل : فإن كان لامرأتين ابن وبنت ، فادعت كل واحدة أنها أم الابن ، احتمل أن يعرض معهما على القافة ، واحتمل أن يعرض لبنهما على أهل الخبرة ، فمن كان لبنها لبن ابن ، فهو ابنها . وقد قيل : إن لبن الابن ثقيل ، ولبن البنت خفيف ، فيعتبر ذلك.

فصل : والقافة قوم من العرب عرفت منهم الإصابة فى معرفة الأنساب ، واشتهر ذلك فى بنى مدلج رهط مجزز ، وسراقة بن مالك بن جعشم . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً فى الإصابة ، لأن ذلك يجرى مجرى الحكم ، فاعتبر ذلك فيه . قال القاضى : يترك الغلام مع عشرة غير مدعيه ويرى القائف ، فإن ألحقه بأحدهم ، سقط قوله ، وإن نفاه عنهم جعلناه مع عشرين فيهم مدعيه، فإن ألحقه بمدعيه ، علمت إصابته . وهل يكتفى بواحد ؟ فيه وجهان: أحدهما - يكتفى به ، لأن النبى ﷺ سر بقول مجزز وحده ، ولأنه بمنزلة الحاكم يجتهد ويحكم ، كما يجتهد الحاكم ويحكم . والثانى - لا يقبل إلا اثنان ، لأنه حكم بالشبه والخلقة فلا يقبل من واحد . كالحكم بالمثل فى جزاء الصيد .

فصل : فإن ادعى رجل رقه ، لم يقبل ، لأن الأصل الحرية ، فإن شهدت له بينة بالملك ، قبلت ، وإن لم يذكر السبب ، كما لو شهدت له بملك مال . وإن شهدت باليد للملتقط ، لم يحكم له بالملك ، لأن سبب يده قد علم . وإن شهدت بها لغيره ، ثبتت . والقول قوله فى الملك مع يمينه ، كما لو كان فى يده مال فحلف عليه .

فصل : ومن حكمنا بإسلامه لإسلام أحد أبويه ، أو موته ، أو إسلام سابيه ، فحكمه حكم سائر المسلمين فى حياته وموته ، ووجوب القود على قاتله قبل البلوغ، أو بعده . فإن كفر بعد بلوغه ، فهو مرتد يستتاب ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتل ، لأنه محكوم بإسلامه يقيناً ، فأشبه غيره من المسلمين . ومن حكمنا بإسلامه بالدار وهو

اللقيط ، فكذلك ، لأنه محكوم بإسلامه ظاهراً ، فهو كالثابت يقيناً ، وذكر القاضي وجهاً آخر : أنه يقر على كفره ، لأنه لم يثبت إسلامه يقيناً.

فصل : فإن بلغ اللقيط وقذفه إنسان ، أو جنى عليه ، أو ادعى رقه ، فكذبه اللقيط ، فالقول قول اللقيط ، لأنه حر في الحكم . ويحتمل أن يقبل قول المدعى في درء حد القذف خاصة ، لأنه مما يدرأ بالشبهات ، بخلاف القصاص .

فصل : وإن بلغ فتصرف ، ثم ثبت رقه ، فحكم تصرفه حكم تصرف العبيد ، لأنه ثبت أنه مملوك . وإن أقر بالرق على نفسه بعد أن كان أقر بالحرية ، لم يقبل إقراره بالرق ، لأنه قد لزمه بالحرية أحكام من العبادات والمعاملات ، فلم يملك إسقاطها . وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية وكذبه المقر له ، بطل إقراره ، لأنه لا يثبت رقه لمن لا يدعيه . فإن أقر بعده لغيره ، قبل ، كما لو أقر له بمال ، ويحتمل أن لا يقبل ، لأن في إقراره الأول اعترافاً بأنه ليس لغيره ، فلم يقبل رجوعه عنه ، كما لا يقبل رجوعه عن الحرية . وإن صدقه الأول ، ففيه وجهان: أحدهما- لا يقبل ، لأنه محكوم بحريته ، فلا يقبل إقراره بما يبطلها ، كما لو أقر بها . والثاني- يقبل ، لأنه مجهول الحال أقر بالرق فقبل، كما لو قدم رجلان من دار الحرب ، فأقر أحدهما لصاحبه بالرق ، فعلى هذا يحتمل أن يقبل إقراره في جميع أحكامه ، لأنه معنى يثبت الرق ، فأثبته في جميع أحكامه، كالبينة. ويحتمل أن يقبل فيما عليه دون ما له ، لأنه أقر بما يوجب حقاً له ، وعليه ، فيثبت ما عليه دون ما له. كما لو قال: لفلان على ألف على رهن لي عنده . فإن قلنا بالأول وكان قد نكح ، فهو فاسد ، حكمه حكم ما لو تزوج العبد أو الأمة بغير إذن سيده . وإن تصرف بغير النكاح ، فسدت عقوده كلها ، فترد الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية ، وإن كانت تالفة، ثبتت قيمتها في ذمته ، لأنها تلفت برضى أصحابها . وإن قلنا : لا يقبل فيما له وهي أمة ، فنكاحها صحيح ، ولا مهر لها إن كان قبل الدخول ، فإن كان بعده، فلها الأقل من المسمى ، أو مهر المثل ، ولزوجها الخيار بين المقام معها على أنها أمة، أو فراقها، إن كان من يجوز له نكاح الإماء، لأنه قد ثبت كونها أمة في المستقبل . وإن

كان المقر ذكراً ، فسد نكاحه ، لإقراره أنه عبد ، نكح بغير إذن سيده ، وحكمه حكم الحر في وجوب المسمى ، أو نصفه إن كان قبل الدخول . ولا تبطل عقوده ، وما عليه من الحقوق والأثمان ، تؤدى مما في يده ، وما فضل ففي ذمته ، وما فضل معه ، فلسيده وإن كان جنى جناية توجب القصاص ، اقتص منه ، حراً كان المجني عليه أو عبداً . وإن كانت خطأ تعلق أرشها برقبته ، لأنه عبد ، وإن جنى عليه حر فلا قود لأنه عبد .

باب
الوديعة

قبول الوديعة مستحب لمن علم من نفسه الأمانة ، لما فيه من قضاء حاجة أخيه ومعونته ، وقد أمر الله تعالى ورسوله بهما . وإن كان عاجزاً عن حفظها ، أو خائفاً من نفسه عليها ، لم يجز له قبولها ، لأنه يغرر بها إلا أن يخبر ربها بذلك فيرضاه ، فإن الحق له ، فيجوز بذله . ولا يجوز قبولها إلا من جائز التصرف في المال ، فإن استودع من صبي غير مأذون له ، أو سفيه أو مجنون ، ضمن ، لأنه أخذ ماله من غير إذن شرعي فضمنه كما لو غصبه . ولا يبرأ إلا بتسليمه إلى وليه ، كما لو غصبه إياه . فإن خاف أنه إن لم يأخذه منهما أتلفاه ، لم يضمنه إن أخذه ، لأنه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه ، كما لو وجده في سيل فأخرجه منه .

فصل : والوديعة أمانة إذا تلفت من غير تفريط ، لم يضمن المودع بالإجماع ، لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي ﷺ قال : « **ليس على المستودَع ضمان** »[1] ، فإن تلفت من بين ماله ففيها روايتان : أظهرهما – لا يضمن

---

(١) **ضعيف**. رواه ابن ماجه [٢٤٠١] ، من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده بنحوه. وإسناده ضعيف؛ فيه المثنى بن الصباح وهو متروك، كما في «التلخيص» (٩٧/٣) ، ورواه الدارقطني (٤١/٣) ، والبيهقي (٩١/٦) ، من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان ، عن عمرو بن شعيب به. وإسناده ضعيف أيضاً؛ فيه عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان وهما ضعيفان كما قال الدارقطني ، والحديث ضعفه الحافظ في «التلخيص» والبوصيري في «الزوائد» [٨٤٢].

للخبر ، ولأنه أمين لم تظهر منه خيانة ، فلم يضمن ، كما لو ذهب معها شئ من ماله . والأخرى- يضمن ، لأنه روى عن عمر ﷺ أنه ضمن أنساً وديعة ذهبت من بين ماله[١] .

فصل : فإن لم يعين له صاحبها الحرز ، لزمه حفظها فى حرز مثلها، فإن أخر إحرازها فتلفت ، ضمنها ، لتركه الحفظ من غير عذر . وإن تركها فى دون حرز مثلها ، ضمن ، لأن الإيداع يقتضى الحفظ . فإذا أطلق ، حمل على المتعارف وهو حرز المثل . وإن أحرزها فى حرز مثلها ، أو فوقه ، لم يضمن ، لأن من رضى بحرز مثلها رضى بما فوقه .

فصل : فإن عين له الحرز ، فقال أحرزها فى هذا البيت ، فتركها فيما دونه ، ضمن ، لأنه لم يرضه . وإن تركها فى مثله ، أو أحرز منه فقال القاضى : لا يضمن، لأن من رضى شيئاً رضى مثله أو فوقه . وظاهر كلام الخرقى : أنه يضمن ، لأنه خالف أمره لغير حاجة ، فأشبه ما لو نهاه . فإن قال : احفظها فى هذا البيت ولا تنقلها عنه ، فنقلها لغير حاجة ، ضمنها سواء نقلها إلى مثله ، أو أحرز منه ، لأنه خالف نص صاحبها . وإن خاف عليها نهباً أو هلاكاً فأخرجها ، لم يضمنها ، لأن النهى للاحتياط عليها ، والاحتياط فى هذه الحال نقلها . فإن تركها فتلفت ضمنها، لأنه فرط فى تركها . ويحتمل أن لا يضمن ، لأنه امتثل أمر صاحبها . فإن قال : لا تخرجها ، وإن خفت عليها ، فأخرجها لخوفه عليها ، لم يضمن ، لأنه زاده خيراً، وإن تركها فتلفت ، لم يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهلاك إبراء من الضمان، فأشبه ما لو أمره بإتلافها ، فأتلفها، فإن أخرجها فتلفت ، فادعى أننى أخرجتها خوفاً عليها ، فعليه البينة على ما ادعى وجوده فى تلك الناحية ، لأنه مما لا يتعذر إقامة البينة عليه ، ثم القول قوله فى خوفه عليها ، وفى التلف مع يمينه

---

(١) **صحيح**. رواه البيهقى (٦/٢٨٩، ٢٨٩٠) من طريق قتادة، عن النضر بن أنس، عن أنس ﷺ به، وإسناده صحيح رجاله ثقات. ورواه البيهقى من طريق حميد الطويل، عن أنس، وحميد ثقة لكنه يدلس عن أنس، كما قال الذهبى فى «الميزان». ورواه عبد الرزاق [١٤٧٩٩] من طريق قتادة قال: كان عند أنس بن مالك وديعة ـ الحديث.

لتعذر إقامة البينة عليها ، فإن قال : لا تقفل عليها قفلين ، ولا تنم فوقها فخالفه ، فالمذهب أنه لا يضمن ، لأنه زاد فى الحرز ، فأشبه ما لو قال له : اتركها فى صحن الدار فتركها فى البيت . ويحتمل أن يضمن ، لأنه نبه اللص عليها وأغراه بها .

فصل : وإذا أودعه نفقة ، فربطها فى كمه ، لم يضمن ، وإن تركها فيها بغير ربط وكانت خفيفة لا يشعر بسقوطها ، ضمن لتفريطه . وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمن ، وإن تركها فى جيبه ، أو شدها على عضده ، لم يضمنها ، لأن العادة جارية بالإحراز بهما . وإن قال : اربطها فى كمك ، فأمسكها فى يده ، ضمن لأن اليد يسقط منها الشئ بالنسيان، ويحتمل أن لا يضمن لأن اليد لا يتسلط عليها الطرار [(١)] بالبط [(٢)] . وقال القاضى : اليد أحرز عند المغالبة والكم أحرز عند غيرها ، فإن تركها فى يده عند المغالبة ، فلا ضمان عليه ، لأنه زادها احتياطاً ، وإلا ضمنها لنقلها إلى أدنى مما أمره به ، وهذا صحيح . وإن قال : اجعلها فى كمك ، فتركها فى جيبه ، لم يضمن ، لأنه أحرز ، لأنه ربما نسى ، فسقطت من الكم ، وإن قال : اجعلها فى جيبك ، فتركها فى كمه ، ضمن . وإن قال : اتركها فى بيتك ، فشدها فى ثيابه ، وأخرجها معه ، ضمن ، لأن البيت أحرز . وإن شدها على عضده مما يلى جنبه ، لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وإن شدها مما يلى الجانب الآخر ، ضمن ، لأن البيت أحرز، لأنه ربما يبطها الطرار . وإن قال : احفظها فى البيت ، ودفعها إليه فى غيره ، فمضى بها إليه فى الحال لم يضمن ، وإن قعد وتوانى ، ضمنها ، لأنه توانى عن حفظها فيما أمر به مع الإمكان ، فإن قال : احفظ هذا الخاتم فى البنصر ، فجعله فى الخنصر ، ضمن ، لأنها دون البنصر ، فالخاتم فيها أسرع إلى الوقوع ، وإن جعله فى الوسطى ، وأمكن إدخاله فى جميعها ، لم يضمن، لأنها أغلظ فهى أحفظ له، وإن انكسر أو بقى فى رأسها ، ضمنه لتعديه فيه، وإن قال: لا يدخل أحد البيت الذى فيه الوديعة ، فخالفه فسرقت ، ضمن ، لأن الداخل ربما دل السارق عليها.

---

(١) الطرار: هو الذى يقطع النفقات، ويأخذها على غفلة من أهلها. (المصباح المنير).
(٢) بَطّ الجرح وغيره، يبطه بطاً، إذا شقه. (لسان العرب).

فصل : وإذا أراد المودع السفر ، أو عجز عن حفظها ، ردها على صاحبها ، أو وكيله ، ولم يجز دفعها إلى الحاكم ، لأنه لا ولاية للحاكم على حاضر ، فإن سافر بها في طريق مخوف ، أو إلى بلد مخوف ، أو نهاه المالك عن السفر بها ، ضمن ، لأنه مفرط أو مخالف ، وإن لم يكن كذلك ، لم يضمن ، لأنه نقلها إلى موضع مأمون أشبه ما لو نقلها في البلد ، وإن لم يرد السفر بها ، ولم يجد مالكها ، دفعها إلى الحاكم ، لأنه متبرع بالحفظ ، فلا يلزمه ذلك مع الدوام ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، فإن دفعها إلى غيره مع قدرته عليه ، ضمنها ، لأنه كصاحبها عند غيبته ، وإن لم يجد حاكماً أودعها ثقة ، لأن النبي ﷺ لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأم أيمن[1] ، ولأنه موضع حاجة . وعنه : يضمن ، قال القاضي : يعني إذا أودعها من غير حاجة ، فإن دفنها في الدار ، وأعلم بها ثقة يده على المكان ، فهو كإيداعها إياه ، وإن لم يعلم بها أحد ، فقد فرط ، لأنه لا يأمن الموت في سفره ، وإن أعلم بها من لا يد له على المكان ، فكذلك ، لأنه ما أودعها ، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها ، لأنه عرضها للذهاب ، وإن حضره الموت ، فهو كسفره ، لأنه يعجز عن حفظها .

فصل : ولا يجوز أن يودع الوديعة عند غيره لغير حاجة ، لأن صاحبها لم يرض أمانة غيره ، فإن فعل ، فتلفت عند الثاني مع علمه بالحال ، فله تضمين أيهما شاء ، لأنهما متعديان ، ويستقر ضمانها على الثاني ، لأن التلف حصل عنده ، وقد دخل على أنه يضمن ، وإن لم يعلم الحال ، فقال القاضي : يضمن أيهما شاء ، ويستقر ضمانها على الأول ، لأن الثاني دخل على أنه أمين . وظاهر كلام أحمد أنه لا يملك تضمين الثاني لذلك . وإن دفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله ، كزوجته وأمته وخازنه ، لم يضمن ، لأنه حفظها بما يحفظ به ماله ، فأشبه حفظها

---

(١) **حسن**. رواه البيهقي (٦/٢٨٩) ، من طريق محمد بن إسحاق قال: أخبرني محمد بن جعفر بن الزبير، عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمن بن عويم بن ساعدة، عن رجال من الصحابة به. بدون ذكر «أم أيمن» وإسناده حسن، فيه محمد بن إسحاق وهو صدوق يدلس، كما في «التقريب»، إلا أنه قد صرح بالسماع. وقوى إسناده الحافظ في «التلخيص» (٣/٩٨).

بنفسه ، وإن استعان بغيره فى حملها ، ووضعها فى الحرز ، وسقى الدابة وعلفها ، لم يضمن لأن العادة جارية بذلك ، أشبه فعله بنفسه .

فصل : وإن خلطها بما لا تتميز منه ، ضمنها ، لأنه لا يمكنه رد أعيانها ، وإن خلطها بما تتميز منه ، كصحاح بمكسرة ، وسود ببيض ، لم يضمن ، لأنها تتميز من ماله ، أشبه ما لو تركها مع أكياس له فى صندوقه ، وعنه فيمن خلط بيضاً بسود : يضمن ، وهذا محمول على أن السود تؤثر فى البيض ، فيضمنها لذلك ، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية : أنه يضمنها إذا خلطها مع التمييز . وإن أودعه دراهم فى كيس مشدود ، فحله أو خرق ما تحت الشد ، أو كسر الختم ضمن ما فيه، لأنه هتك الحرز لغير عذر ، فإن كانت فى غير وعاء ، فأخذ منها درهماً ، ضمنه وحده ، لأنه تعدى فيه وحده ، فإن رده إليها ، لم يزل ضمانه ، لأنه ثبت بتعديه فيه ، فلم يزل إلا برده إلى مالكه ، وإن رد بدله ، وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك ، وإن لم يتميز ، ضمن الكل لخلطه الوديعة بما لا يتميز ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا يضمن غيره ، لأنه لا يعجز عن ردها ، ورد ما يلزمه رده معها . ومن لزمه الضمان بتعديه ، فترك التعدى ، لم يبرأ من ضمانها ، لأن الضمان تعلق بذمته، فلم يبرأ بترك التعدى ، كما لو غصب شيئاً من دار ، ثم رده إليها ، وإن ردها إلى صاحبها ، ثم ردها صاحبها إليه ، برئ ، لأن هذا وديعة ثانية . وإن أبرأه من الضمان، برئ ، لأن الضمان حقه ، فبرئ منه بإبرائه كدينه.

فصل : فإن أودع بهيمة ، فلم يعلفها ، ولم يسقها حتى ماتت ، ضمنها لأن فى ذلك هلاكها ، فأشبه ما لو لم يحرزها ، وإن نهاه المالك عنه ، فتركه ، أثم لحرمة الحيوان ، ولم يضمن ، لأن مالكها أذن فى إتلافها ، فأشبه ما لو أمره بقتلها ، والحكم فى النفقة والرجوع كالحكم فى نفقة البهائم المرهونة ، لأنها أمانة مثلها .

فصل : وإذا أخرج الوديعة من حرزها لمصلحتها كإخراج الثياب للنشر ، والدابة للسقى والعلف على ما جرت به العادة ، لم يضمن ، لأن الإذن المطلق يحمل على

الحفظ المعتاد ، وإن نوى جحد الوديعة ، أو إمساكها لنفسه ، أو التعدى فيها ، ولم يفعل ، لم يضمن ، لأن النية المجردة معفو عنها ، لقول النبى ﷺ : « إن الله تجاوز لأمتى عن ما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به »[1] . متفق عليه . وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف فيها بما ينافى مقتضاها فضمنها ، كما لو أحرزها فى غير حرزها ، وإن أخذت منه قهراً ، لم يضمن ، لأنه غير مفرط ، أشبه ما لو تلفت بفعل الله تعالى . وإن أكره حتى سلمها ، لم يضمن ، لأنه مكره أشبه الأول .

فصل : وإن طولب بالوديعة ، فأنكرها ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدمها ، وإن أقر بها وادعى ردها ، أو تلفها بأمر خفى ، قبل قوله مع يمينه ، لأنه قبضها لنفع مالكها . وإن كان بأمر ظاهر ، فعليه إقامة البينة بوجوده فى تلك الناحية ، ثم القول قوله مع يمينه .

فصل : وإن طالبه برد الوديعة ، فأخره لعذر ، لم يضمن ، لأنه لا تفريط من جهته ، وإن أخره لغير عذر ، ضمنها لتفريطه ، ومؤنة ردها على مالكها ، لأن الإيداع لحظه .



---

(١) رواه البخارى [٢٥٢٨]، وأبو داود [٢٢٠٩]، والترمذى [١١٨٣]، والنسائى (١٢٧/٥)، وابن ماجه [٢٠٤٤]، وأحمد (٤٩١/٢)، من حديث أبى هريرة ﷺ .

باب العارية

وهى هبة المنافع ، وهى مندوب إليها ، لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة: ٢] ولأن فيها عوناً لأخيه المسلم وقضاء حاجته والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه[١] وتصح فى كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها ، لأن النبى ﷺ استعار من أبى طلحة فرساً فركبها[٢] . واستعار من صفوان بن أمية أدرعاً[٣] . رواه أبو داود . وسئل عن حق الإبل فقال : «إعارة دلوها وإطراق فحلها»[٤] فثبت إعارة ذلك بالخبر ، وقسنا عليه سائر ما ينتفع به مع بقاء عينه . ويجوز إعارة الفحل للضراب ، للخبر ، والكلب للصيد قياساً عليه .

فصل : ولا تجوز عارة العبد المسلم لكافر ، لأنه لا يجوز أن يستخدمه ، ولا الصيد لمحرم ، لأنه لا يجوز له إمساكه ، ولا الجارية الجميلة لغير ذى محرم منها، على وجه يفضى إلى خلوته بها، لأنه لا يؤمن عليها ، فإن كانت شوهاء ، أو كبيرة لا تشتهى مثلها ، فلا بأس ، لأنه يؤمن عليها . ويكره استعارة والديه للخدمة ، لأنه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك .

---

(١) لما رواه مسلم [٢٦٩٩]، وأبو داود [٤٩٤٦]، والترمذى [١٤٢٥] والنسائى فى «الكبرى» [٧٢٨٤] وابن ماجه [٢٢٥]، وأحمد (٢/٥٠٠)، من حديث أبى هريرة رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: «من نفس عن مؤمن كربة» — الحديث.

(٢) رواه البخارى [٢٨٥٧]، ومسلم [٢٣٠٧]، وأبو داود [٤٩٨٨]، والترمذى [١٦٨٥]، وابن ماجه [٢٧٧٢]، وأحمد (٣/١٧١) من حديث أنس رضي الله عنه .

(٣) سيأتى تخريجه إن شاء الله بعده بحديثين.

(٤) رواه مسلم [٩٨٨]، وأبو داود [١٦٥٨]، والنسائى (٥/١٦)، وأحمد (٣/٣٢١)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

فصل : فإن قبض العين ، ضمنها ، لما روى صفوان بن أمية : أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين ، فقال أغصباً يا محمد ؟ قال : « **بل عارية مضمونة** » وروى : « **مؤداة** »[1] رواه أبو داود ، ولأنه قبض مال غيره لنفع نفسه ، لا للوثيقة . فضمنها كالمغصوب . وعليه مؤنة ردها لذلك . فإن شرط نفي الضمان ، لم ينتف ، لأن ما يضمن لا ينتفي بالشرط . وقال أبو حفص العكبري : يبرأ ، لأن الضمان حقه فيسقط بإسقاطه ، كالوديعة التي تعدى فيها . فإن استخلق الثوب ، أو نقصت قيمتها ، لم يضمن ، لأنه مأذون فيه ، لدخوله فيما هو من ضرورته . ولو تلفت ضمنها بقيمتها يوم تلفها ، لأن نقصها قبل ذلك غير مضمون ، بدليل أنه لو ردها ، لم يضمنه . وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة ، ففيه وجهان: أحدهما- لا يضمنه ، لما ذكرنا . والثاني- يضمنه ، لأنه من أجزائها فضمنه كسائر أجزائها. وإن تلف ولد العارية ، ففيه وجهان: أحدهما- يضمنه ، لأنه تابع لما يجب ضمانه ، فيجب ضمانه ، كولد المغصوب . والثاني- لا يضمن ، لأنه لم يدخل في العارية، فلم يدخل في الضمان، بخلاف المغصوبة، فإن ولدها داخل في الغصب.

فصل : والعارية عقد جائز لكل واحد منهما فسخها ، لأنها إباحة ، فأشبهت إباحة الطعام ، وعليه ردها إلى المعير ، أو من جرت عادته أن يجري ذلك على يديه، كرد الدابة إلى سائسها ، فإن ردها إلى غيرهما ، أو دار المالك ، أو إصطبله ، لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده ، لم يبرأ برده إلى ذلك ، كالمغصوب .

فصل : ومن استعار شيئاً ، فله استيفاء نفعه بنفسه ووكيله ، لأنه نائب عنه . وليس له أن يعيره ، لأنها إباحة فلا يملك بها إباحة غيره ، كإباحة الطعام . وإن أعاره فتلف عند الثاني ، فللمالك تضمين أيهما شاء ، ويستقر الضمان على الثاني

---

(١) **حسن**. رواه أبو داود [٣٥٦٢]، وأحمد (٤٠١/٣)، والحاكم (٤٧/٢)، والبيهقي (٨٩/٦) من طريق شريك بن عبد الله النخعي، عن عبد العزيز بن رفيع، عن أمية بن صفوان بن أمية، عن أبيه به، وفيه شريك بن عبد الله القاضي وهوصدوق تغير حفظه لما ولي القضاء، وفيه أمية بن صفوان وهو مقبول، كما في «التقريب»، ويشهد له ما رواه الحاكم (٤٨/٢)، والبيهقي (٨٩/٦) من حديث جابر رضي الله عنه وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وله شاهد آخر بنفس القصة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه الحاكم والبيهقي.

لأنه قبضه على أنه ضامن له ، وتلف في يده ، فاستقر الضمان عليه ، كالغاصب من الغاصب .

فصل : وتجوز العارية مطلقة ومعينة ، لأنها إباحة ، فأشبهت إباحة الطعام فإن أطلقها ، فله أن ينتفع بها في كل ما تصلح له ، فإن كانت أرضاً ، فله أن يبني ويغرس ويزرع ، لأنها تصلح لذلك كله . فإن عين نفعاً ، فله أن يستوفيه ومثله ودونه، وليس له استيفاء أكثر منه على ما ذكرنا في الإجارة .

فصل : وتجوز مطلقة ومؤقتة ، فإن أعارها للغراس سنة ، لم يملك الغرس بعدها فإن غرس بعدها ، فحكمه حكم غرس الغاصب ، لأنه بغير إذن ، وإن رجع قبل السنة ، لم يملك الغرس بعد الرجوع ، لأن الإذن قد زال . فأما ما غرسه بالإذن فإن كان قد شرط عليه قلعه ، لزمه ، لقول النبي ﷺ : « **المؤمنون على شروطهم** »[1] حديث حسن صحيح . وإن شرط عليه تسوية الحفر ، لزمه ، للخبر ، وإلا لم يلزمه ، لأنه أذن في حفرها باشتراطه القلع ، ولم يشترط تسويتها . وإن لم يشترط قلعه لكن لا تنقص قيمته بقلعه ، لزمه قلعه ، لأنه أمكن رد العارية فارغة من غير ضرر فوجب، وإن نقصت قيمته بالقلع فاختاره المستعير ، فله ذلك ، لأنه ملكه فملك نقله ، وعليه تسوية الأرض ، لأن القلع باختياره لو امتنع منه ، لم يجبر عليه ، لأنه فعله لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية ، كالمشترى مع الشفيع إذا أخذ غرسه . وقال القاضي : لا يلزمه التسوية ، لأن المعير دخل على هذا بإذنه في الغراس الذى لا يزول إلا بالحفر عليه . وإن أبى قلعه فبذل المعير قيمته ليملكه ، أجبر على قبولها ، لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق ، فأشبه الشفيع مع المشترى . ولو بذل المستعير قيمة الأرض ليملكها مع غرسه ، لم يجبر المعير عليه ، لأن الغرس يتبع الأرض في الملك ، بخلاف الأرض، فإنها لا تتبع الغرس. فإن بذل المعير أرش النقص الحاصل بالقلع ، أجبر المستعير على قبوله ، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار. وإن لم يبذل القيمة ، ولا أرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، لم يقلع ، لأنه

(١) سبق تخريجه (٣٧/٢).

أذن له فيما يتأبد ، فلم يملك الرجوع على وجه يضر به ، كما لو أذن له في وضع خشبة على حائطه . ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة ، لأن بقاء غرسه بحكم العارية ، وهي انتفاع بغير أجرة ، كالخشب على الحائط . وذكروا في الزرع أن عليه الأجرة لمدة بقاء الزرع من حين الرجوع لأنه لا يملك الانتفاع بأرض غيره بعد الرجوع بغير أجرة ، وهذا يقتضي وجوب الأجرة على صاحب الغراس بعد الرجوع . وللمعير دخول أرضه كيف شاء لأن بياضها له ، لا حق للمستعير فيها ، وللمستعير دخولها للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة ، لأن الإذن في الغراس إذن فيما يعود بصلاحه، وأخذ ثمرة وليس له دخولها للتفرج ونحوه ، ولا يمنع واحد منهما من بيع ملكه، لمن شاء، يكون بمنزلته، لأنه ملكه على الخصوص فملك بيعه كالشقص المشفوع.

فصل: وإن رجع في العارية وفي الأرض زرع مما يحصد قصيلاً[1]، حصده، لأنه أمكن الرجوع من غير إضرار . وإن لم يمكن ، لزم المعير تركه بالأجرة إلى وقت حصاده ، لأنه لا يملك الرجوع على وجه يضر بالمستعير . وإن حمل السيل بذراً إلى أرض آخر فنبت فيها ، ففيه وجهان: أحدهما– حكمه حكم العارية ، لأنه بغير تفريط من ربه ، إلا أن عليه أجرة ، لأنه لا يجوز استيفاء نفع أرض إنسان بغير إذنه من غير أجرة ، فصار كزرع المستعير بعد رجوع المعير . وقال القاضي: ليس عليه أجرة ، لأنه حصل بغير تفريطه ، أشبه مبيت بهيمته في دار غيره . والثاني– حكمه حكم الغصب ، لأنه حصل في ملكه بغير إذنه .

فصل: وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه ، لم يكن له الرجوع ما دام الخشب على الحائط ، لأن هذا يراد للبقاء ، وليس له الإضرار بالمستعير . فإن بذل المالك قيمة الخشب ليملكه ، لم يكن له ، لأن معظمه في ملك صاحبه ، فإن أزيل الخشب لتلفه أو سقوطه أو هدم الحائط ، لم يجز رده إلا بإذن مستأنف، لأن الإذن تناول الوضع الأول ، فلا يتعدى إلى غيره . وإن وجدت أخشاب على حائط لا يعلم سببها ، ثم نقلت ، جاز إعادتها ، لأن الظاهر أنها بحق ثابت . وإن استعار سفينة ،

---

(١) القصيل: هو الزرع يحصد رطباً، والقصيل أيضاً هو الشعير يُجز أخضر لعلف الدواب. (المصباح).

فحمل متاعه فيها ، لم يملك صاحبها الرجوع فيها حتى ترسى. وإن أعاره أرضاً للدفن ، لم يملك الرجوع فيها ما لم يبل الميت، لما ذكرناه .

فصل : فإن استعار شيئاً يرهنه مدة معلومة على دين معلوم ، صح ، لأنه نوع انتفاع. فإن أطلق الإذن من غير تعيين ، صح ، لأن العارية لا يشترط فى صحتها تعيين النفع . فإن عين ، فخالفه ، فالرهن باطل ، لأنه رهنه بغير إذن مالكه . وإن أذن له فى رهنه بمائة ، فرهنه بأقل منها ، صح ، لأن من أذن فى شئ ، فقد أذن فى بعضه . وإن رهنه بأكثر منها ، بطل فى الكل فى أحد الوجهين ، لأنه مخالف ، أشبه ما لو خالف فى الجنس . وفى الآخر- يصح فى المأذون ، ويبطل فى الزائد ، كتفريق الصفقة . وللمعير مطالبة الراهن بفكاكه فى الحال ، سواء أجله أو أطلق ، لأن العارية لا تلزم . وإن حل الدين قبل فكاكه بيع واستوفى الدين من ثمنه ، لأن هذا مقتضى الرهن ، ويرجع المعير على المستعير بقيمته أو مثله إن كان مثلياً ، لأن العارية مضمونة بذلك ، ولا يرجع بما بيع به إن كان أقل من القيمة ، لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها . وإن بيع بأكثر من قيمته ، رجع به ، لأن ثمن العين ملك لصاحبها ، وقيل : لا يرجع بالزيادة . وإن تلف فى يد المرتهن ، رجع المعير على المستعير ، ويرجع المستعير على المرتهن إن كان تعدى ، وإلا فلا . فإن قضى المعير الدين وفك الرهن بإذن الراهن ، رجع عليه ، وإن كان بغير إذنه متبرعاً ، لم يرجع . وإن قضاه محتسباً بالرجوع ، ففيه روايتان ، بناء على قضاء دينه بغير إذنه .

فصل : إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا، فقال : أعرتنيها، فقال: بل أجرتكها، عقيب العقد ، والدابة قائمة ، فالقول قول الراكب ، لأن الأصل عدم الإجارة وبراءة ذمته من الأجرة . وإن كان بعد مضى مدة لمثلها أجرة ، فالقول قول المالك ، لأنهما اختلفا فى صفة نقل ملكه إلى غيره ، فأشبه ما لو اختلفا فى العين فقال : وهبتنيها وقال : بل بعتكها ، فيحلف المالك ، ويجب له المسمى فى أحد الوجهين ، لأنه ادعاه وحلف عليه . والآخر- تجب أجرة المثل ، لأنهما لو اتفقا على الإجارة ، واختلفا فى قدر الأجرة ، لم يجب أكثر من أجرة المثل ، فمع الاختلاف أولى . وإن

قال: أكريتنيها[١]. قال : بل أعرتكها بعد تلفها أو قبله ، فالقول قول المالك مع يمينه، لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ، لقوله عليه السلام: « **على اليد ما أخذت حتى ترده** »[٢] حديث حسن . والقول قول الراكب في قدر القيمة مع يمينه . وإن قال : غصبتنيها، قال : بل أعرتنيها أو أجرتنيها ، فالقول قول المالك لذلك ، ولأن الراكب يدعى انتقال المنافع إلى ملكه بالعارية أو الكراء ، والمالك ينكر ذلك والأصل معه .

باب

الغصب

وهو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق ، وهو محرم بالإجماع . وقد روى جابر رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: « **إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا** »[٣] رواه مسلم . ومن غصب شيئاً، لزمه رده ، لما روى سمرة عن النبي ﷺ أنه قال : «**على اليد ما أخذت حتى ترده**». وإن نقصت لتغير الأسعار ، لم يضمنها ، لأن حق المالك في العين ، وهي باقية لم تتغير صفتها ، ولا حق له في القيمة مع بقاء العين ، وإن نقصت القيمة لنقص المغصوب نقصاً مستقراً ، كثوب استخلق ، أو تخرق ، وإناء تكسر أو تشقق ، وشاة ذبحت ، وحنطة طحنت ، فعليه رده وأرش نقصه ، لأنه نقص عين نقصت به

---

(١) الكراء معناه الإجارة، وأكريتنيها يعني أجّرتَنيها. (المصباح) .

(٢) **صحيح**. رواه الترمذي [١٢٦٦]، وأبو داود [٣٥٦١]، وابن ماجه [٢٤٠٠]، وأحمد (٨/٥)، والحاكم (٤٧/٢)، والبيهقي (٩٠/٦) من حديث الحسن عن سمرة رضي الله عنه ، وسماع الحسن من سمرة صحيح، وهو مذهب على بن المديني (التاريخ الكبير ـ ٢/ ٢٩٠)، والبخاري والترمذي (سنن الترمذي ـ ٣٤٣/١)، وأبو داود [تهذيب التهذيب ـ ٢٦٩/٢) وغيرهم. والحديث صححه الترمذي والحاكم ـ ووافقه الذهبي ـ.

(٣) سبق تخريجه (٤٧٣/١) وهو حديث جابر في حجة النبي ﷺ .

القيمة، فوجب ضمانه ، كذراع من الثوب . وإن طالب المالك ببدله ، لم يملك ذلك ، لأن عين ماله باق ، فلم يملك المطالبة ببدله ، كما لو قطع من الثوب جزء . وإن كان النقص غير مستقر ، كطعام ابتل أو عفن ، فله بدله فى قول القاضى ، لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف . وقال أبو الخطاب : يخير بين ذلك وبين تركه حتى يستقر فيه الفساد ، ويأخذه مع أرشه ، لأن عين ماله باقية، فلا يمنع من أخذها مع أرشها ، كالثوب التى تخرق .

فصل : وإن كان النقص فى الرقيق مما لا مقدر فيه ، كنقصه لكبر ، أو مرض أو شجة[1] دون الموضحة[2] ، ففيه ما نقص مع الرد لذلك ، وإن كان أرشه مقدراً ، كذهاب يده ، فكذلك فى إحدى الروايتين ، لأنه ضمان مال ، أشبه ضمان البهيمة والأخرى : يرده وما يجب بالجناية ، لأنه ضمان للرقيق فوجب فيه المقدر ، كضمان الجناية ، وإن قطع الغاصب يده ، فعلى هذه الرواية الواجب نصف قيمته ، كغير المغصوب . وعلى الأولى عليه أكثر الأمرين من نصف قيمته ، أو قدر نقصه ، لأنه قد وجدت اليد والجناية ، فوجب أكثرهما ضماناً . وإن غصب عبداً ، فقطع أجنبى يده ، فللمالك تضمين أيهما شاء . فعلى الأولى : إن ضمن الغاصب ، ضمنه أكثر الأمرين ، ورجع الغاصب على القاطع بنصف قيمته لاغير ، لأن ضمانه ضمان الجناية . وإن ضمن الجانى ، ضمنه نصف القيمة وطالب الغاصب بتمام النقص . وعلى الثانية : يطالب أيهما شاء ، ويستقر الضمان على القاطع ، لأنه المتلف فيكون الرجوع عليه .

فصل : روى عن أحمد فيمن قلع عين فرس : أنه يضمنها بربع قيمتها، لأنه يروى عن عمر رضي الله عنه[3] والصحيح أنه يضمنها بنقصها ، لأنها بهيمة فلم يكن فيها مقدر ، كسائر البهائم أو كسائر أعضائها ، ويحمل ما روى عن عمر رضي الله عنه على أن

(١) الشجة هى المرة من شَجَّه يَشُجُّه، إذا جرحه. (المطلع).
(٢) تطلق على الجرح الذى يبدى وضح العظم، أى بياضه، والجمع: المواضح. (المطلع).
(٣) **ضعيف.** رواه البيهقى (٩٨/٦) وساق له أسانيد مرسلة وضعيفة كما قال فى «السنن» و«مختصر الخلافيات» (٤٢٩/٣).

عين الدابة التي قضى فيها نقصتها ربع القيمة . ولو غصب دابة قيمتها مائة ، فزادت فصارت قيمتها ألفاً ، ثم جنى عليها جناية نقصت نصف قيمتها ، لزمه خمسمائة ، لأن الواجب قيمة ما أتلف يوم التلف ، وقد فوت نصفها فضمن خمسمائة .

فصل : فإن نقصت العين دون القيمة ، وكان الذاهب يضمن بمقدر ، كعبد خصاه، وزيت أغلاه فذهب نصفه ، ولم ينقص قيمته ، فعليه قيمة العبد ، ومثل ما نقص من الزيت مع ردهما ، لأن الواجب فيهما مقدر بذلك ، وإن لم يكن مقدراً ، كعبد سمين هزل فلم ينقص قيمته ، لم يلزمه أرش ، لأن الواجب فيه ما نقص من القيمة ، ولم تنقص . فإن أغلا عصيراً فنقص ، فهو كالزيت ، لأنه في معناه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن الغليان عقد أجزاءه وجمعها ، وأذهب مائيته فقط ، بخلاف الزيت ، فإن نقصت عينه وقيمته ، فعليه مثل ما نقص من العين وأرش نقص الباقي في العصير والزيت ، لأن كل واحد من النقصين مضمون منفرداً فكذلك إذا اجتمعا . ولو شق ثوباً ينقصه الشق نصفين ، ثم تلف أحدهما ، رد الباقي وتمام قيمة الثوب قبل قطعه ، وإن غصب خفين ، فتلف أحدهما ، فكذلك في أحد الوجهين ، لأن نقص الباقي بسبب تعديه . والآخر- لا يلزمه إلا رد الباقي ، وقيمة التالف ، لأنه لم يتلف إلا أحدهما .

فصل : وإن غصب عبداً فمرض ، أو ابيضت عينه ثم برئ ، لم يلزمه إلا رده ، لأن نقصه زال ، فأشبه ما لو انقلعت سنه ، ثم عادت . وإن هزل ثم سمن ، أو نسي صناعته ثم علمها ، فكذلك في أحد الوجهين ، لأن نقصه زال ، فأشبهت التي قبلها . والآخر- يضمن النقص ، لأن السمن الثاني غير الأول ، فلا يسقط به ما وجب بزوال الأول ، فعلى هذا الوجه ، لو سمن ثم هزل ثم سمن ثم هزل، ضمنهما معاً، لأن الثاني غير الأول ، وعلى الوجه الأول ، يضمن أكثر السمنين قيمة ، لأن عود السمن أسقط ما قابله من الأرش ، فإن كانت الزيادة الثانية ، من غير جنس الأولى، كعبد هزل فنقصت قيمته ، ثم تعلم فعادت قيمته ، ضمن الأولى، لأن الثانية من غير جنس الأولى ، فلا تنجبر بها ، وإن نسي الصناعة أيضاً ،

ضمن النقصين جميعاً ، لما ذكرنا .

فصل : فإن جنى العبد المغصوب ، لزم الغاصب ما يستوفى من جنايته ، لأنه بسبب كان في يده ، وإن أقيد منه في الطرف ، فحكمه حكم ذهابه بفعل الله تعالى ، لكونه ضماناً وجب باليد لا بالجناية ، فإن القطع قصاصاً ليس بجناية ، وإن تعلق الأرش برقبته ، فعليه فداؤه ، لأنه حق تعلق برقبته في يده ، فلزمه تخليصه منه . وإن جنى على سيده ، ضمن الغاصب جنايته ، لأنها من جملة جناياته ، فأشبه الجناية على أجنبي .

فصل : وإن زاد المغصوب في يده ، كجارية سمنت ، أو ولدت ، أو كسبت ، أو شجرة أثمرت ، أو طالت ، فالزيادة للمالك مضمونة على الغاصب ، لأنها حصلت في يده بالغصب ، فأشبهت الأصل ، وإن ألقت الولد ميتاً ، ضمنه بقيمته ، يوم الوضع لو كان حياً ، لأنه غصب بغصب الأم . وإن صاد العبد أو الجارح صيداً ، فهو لمالكهما ، لأنه من كسبهما . وهل تجب أجرة العبد الكاسب أو الصائد في مدة كسبه ، وصيده ؟ فيه وجهان: أحدهما- لا تجب ، لأن منافعه صارت إلى سيده ، فأشبه ما لو كان في يده . والثاني- تجب ، لأن الغاصب أتلف منافعه . وإن غصب فرساً ، أو قوساً ، أو شركاً ، فصاد به ، ففيه وجهان: أحدهما- هو لصاحبه ، لأن صيده حصل به ، أشبه صيد الجارحة . والثاني- للغاصب ، لأنه الصائد ، وهذه آلة . وإن غصب منجلاً ، فقطع به حطباً ، أو حشيشاً، فهو للغاصب ، لأن هذا آلة فهو كالحبل يربط به .

فصل : وإن غصب أثماناً ، فاتجر بها ، فالربح لصاحبها ، لأنه نماء ماله ، وإن اشترى في ذمته ، ثم نقدها فيه ، فكذلك في إحدى الروايتين، والأخرى- هو للغاصب ، لأن الثمن ثبت في ذمته ، فكان الشراء له ، والمبيع وربحه له ، لأنه بذل ما وجب عليه . وقياس المذهب : أنه إذا اشترى بعينه كان الشراء باطلاً ، والسلعة للبائع.

فصل : وإن غصب عيناً ، فاستحالت ، كبيض صار فرخاً ، وحب صار زرعاً ، وزرع صار حباً ، ونوى صار شجراً ، وجب رده ، لأنه عين ماله ، فإن نقصت قيمته ضمن أرش نقصه ، لحدوثه في يده ، وإن زاد ، فالزائد لمالكه ولا شئ للغاصب بعمله فيه ، لأنه غير مأذون فيه ، وإن غصب عصيراً فتخمر ، ضمن العصير بمثله ، لأنه تلف في يده ، فإن عاد خلاً ، رده ، وما نقص من قيمة العصير ، لأنه عين العصير ، أشبه النوى يصير شجراً .

فصل : وإن عمل فيه عملاً ، كثوب قصره أو فصله أو خاطه ، أو قطن غزله أو غزل نسجه ، أو خشب نجره ، أو ذهب صاغه ، أو ضربه ، أو حديدجعله إبراً ، فعليه رده ، لأنه عين ماله ، ولا شئ للغاصب ، لأنه عمل في ملك غيره بغير إذنه ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو أغلا الزيت . وإن نقص بذلك ، فعليه ضمان نقصه ، لأنه حدث بفعله . وعنه : أنه إن زاد يكون شريكاً للمالك بالزيادة ، لأن منافعه أجريت مجرى الأعيان ، أشبه ما لو صبغ الثوب، والأول أصح .

فصل : وإن غصب شيئاً ، فخلطه بما يتميز منه ، كحنطة بشعير ، أو زبيب أحمر بأسود ، فعليه تمييزه ورده ، لأنه أمكن رده ، فوجب ، كما لو غصب عيناً فبعدها ، وإن خلطه بمثله مما لا يتميز ، كزيت بزيت ، لزمه مثل كيله منه ، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه ، فلم ينتقل إلى البدل في الجميع ، كما لو غصب شيئاً ، فتلف بعضه . وهذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله ، لأنه نص على أنه شريك إذا خلطه بغير جنسه ، فنبه على الشركة إذا كان مثله . وقال القاضي : قياس المذهب ، أنه يلزمه مثله ، إن شاء الغاصب منه أو من غيره ، لأنه تعذر رد عينه ، أشبه ما لو أتلفه . وإن خلطه بأجود منه ، لزمه مثله من حيث شاء الغاصب ، فإن دفعه إليه منه، لزمه أخذه ، لأنه أوصل إليه خيراً من حقه من جنسه . وإن خلطه بدونه ، لزمه مثله ، فإن اتفقا على أخذ المثل منه ، جاز . وإن أباه المالك ، لم يجبر ، لأنه دون حقه . وإن طلب ذلك ، فأباه الغاصب ، ففيه وجهان: أحدهما– لا يجبر ، لأن الحق انتقل إلى ذمته ، فكانت الخيرة إليه في التعيين . والثاني– يلزمه ، لأنه قدر على دفع بعض

ماله إليه من غير ضرر ، فلزمه ، كما لو كان مثله . وإن خلطه بغير جنسه ، كزيت بشيرج ، لزمه مثله من غيره ، وأيهما طلب الدفع منه ، فأبى الآخر ، لم يجبر . وقد قال أحمد فى رجل له رطل زيت اختلط برطل شيرج لآخر : يباع الدهن كله ، ويعطى كل واحد منهما قدرحصته ، فيحتمل أن يختص هذا بما لم يخلطه أحدهما، ويحتمل أن يعم سائر الصور ، لأنه أمكن أن يصل إلى كل واحد بدل عين ماله ، فأشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه . فإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته مفرداً ، ضمن الغاصب نقصه ، لأنه بفعله ، وإن خلطه بما لا قيمة له ، كزيت بماء وأمكن تخليصه وجب تخليصه ورده مع أرش نقصه ، فإن لم يمكن تخليصه ، أو كان ذلك يفسده ، وجب مثله ، لأنه أتلفه . ولو أعطاه بدل الجيد أكثر منه رديئاً ، أو أقل منه وأجود صفة ، لم يجز ، لأنه ربا ، إلا أن يكون اختلاطه بغير جنسه ، فيجوز ، لأن الربا لا يجرى فى جنسين .

فصل : فإن غصب ثوباً فصبغه ، فلم تزد قيمة الثوب والصبغ ولم تنقص ، فهما شريكان يباع الثوب ويقسم بثمنه بينهما ، لأن الصبغ عين مال ، له قيمة فلم يسقط حقه فيها باتصالها بمال غيره . وإن زادت قيمتهما ، فالزيادة بينهما ، لأنها نماء ما لهما . وإن نقصت القيمة ، ضمنها الغاصب ، لأن النقص حصل بسببه . وإن زادت قيمة أحدهما لزيادة قيمته فى السوق ، فالزيادة لمالك ذلك ، لأنها نماء ماله . وإن بقيت للصبغ قيمة ، فأراد الغاصب إخراجه ، وضمان النقص ؛ فله ذلك، لأنه عين ماله ، أشبه ما لو غرس فى أرض غيره ، ويحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه يضر بملك المغصوب منه لنفع نفسه ، فمنع منه ، بخلاف الأرض ، فإنه يمكن إزالة الضرر بتسوية الحفر ، ولأن قلع الغرس معتاد ، بخلاف قلع الصبغ . وإن أراد المالك قلعه ، ففيه وجهان: أحدهما– يملكه ولا شئ عليه ، كما يملك قلع الشجر من أرضه . والآخر– لا يملكه ، لأن الصبغ يهلك به ، أشبه قلع الزرع . وإن بذل المالك قيمة الصبغ ليملكه ، لم يجبر الغاصب عليه ، لأنه بيع ماله ، ويحتمل أن يجبر ، كما يملك أخذ زرع الغاصب بقيمته ، وكالشفيع يأخذ غرس المشترى . وإن وهبه

الغاصب لمالكه ، ففيه وجهان: أحدهما- يلزمه قبوله ، لأنه صار صفة للعين ، فأشبه قصارة الثوب. والآخر- لايلزمه ، لأن الصبغ عين يمكن إفرادها ، فأشبه الغراس ، فإن أراد المالك بيع الثوب ، فله ذلك ، لأنه ملكه ، فلم يمنع بيعه ، وإن طلب الغاصب بيعه ، فأباه المالك ، لم يجبر ، لأن الغاصب متعد ، فلم يستحق بتعديه إزالة ملك صاحب الثوب عنه ، كما لو طلب الغارس في أرض غيره بيعها . ويحتمل أن يجبر ، ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه ، وإن غصب ثوباً وصبغاً من رجل فصبغه ، فعليه رده وأرش نقصه إن نقص لأنه بفعله والزيادة للمالك ، لأنه عين ماله ليس للغاصب فيه إلا أثر الفعل . وإن صبغه بصبغ غصبه من غيره ، فهما شريكان في الأصل والزيادة ، وإن نقص ، فالنقص من الصبغ ، لأنه تبدد ، ويرجع صاحبه على الغاصب ، لأنه بدده . وإن غصب عسلاً ونشاء[1] ، فعمله حلواء ، فحكمه كحكم غصب الثوب وصبغه سواء .

فصل : وإن غصب أرضاً ، فغرسها ، أو بنى فيها ، لزمه قلعه، لما روى سعيد بن زيد ﷺ أن النبي ﷺ قال : « **ليس لعرق ظالم حق** »[2] قال الترمذي : هذا حديث حسن . ولأنه شغل ملك غيره ، بملك لا حرمة له في نفسه فلزمه تفريغه ، كما لو ترك فيها قماشاً ، وعليه تسوية الحفر ، ورد الأرض إلى ما كانت عليه ، وضمان نقصها إن نقصت ، لأنه حصل بفعله . وإن بذل له المالك قيمة غرسه ، وبنائه ، ليملكه ، فأبى إلا القلع ، فله ذلك ، لأنها معاوضة ، فلم يجبر عليها . وإن وهبه الغاصب الغراس ، والبناء ، لم يجبر على قبوله ، إن كان له غرض في القلع ،

---

(١) هو ما يعمل من الحنطة وقد يقصر فيقال: النَّشَا. (المصباح).

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٠٧٣]، والترمذي [١٣٧٨]، والنسائي في «الكبرى» [٥٧٦١]، من طريق أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد ﷺ مرفوعًا بلفظ: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**» ـ الحديث، ورجاله كلهم ثقات رجال الشيخين، وقد رواه جماعة منهم مالك ويحيى بن سعيد عن هشام بن عروة، عن أبيه مرسلاً. قال الدارقطني في «العلل» (٥/٤١٤): والمرسل عن عروة أصح. اهـ. قال الترمذي: حسن غريب. والحديث يتقوى بمجموع طرقه كما قال الحافظ في «الفتح» (٥/١٩).

لأنه يفوت غرضه ، وإن لم يكن فيه غرض ، احتمل أن يجبر ، لأنه يتخلص كل واحد منهما من صاحبه بغير ضرر ، واحتمل أن لا يجبر ، لأن ذلك عين يمكن إفرادها ، فلم يجبر على قبولها ، كما لو لم يكن في أرضه . وإن غرسها من ملك صاحب الأرض فطالبه بالقلع ، وله فيه غرض ، لزمه ، لأنه فوت عليه غرضاً بالغرس، فلزمه رده ، كما لو ترك فيه حجراً، وإن لم يكن فيه غرض لم يجبر عليه ، لأنه سفه ويحتمل أن يجبر ، لأن المالك محكم في ملكه ، وإن أراد الغاصب قلعه ، فللمالك منعه ، لأنه ملكه ، وليس للغاصب فيه إلا أثر الفعل .

فصل : فإن حفر فيها بئراً ، فطالبه المالك بطمها ، لزمه ، لأنه نقل ملكه ، وهو التراب من موضعه ، فلزمه رده ، وإن طلب الغاصب طمها لدفع ضرر ، مثل أن جعل ترابها في غير أرض المالك ، فله طمها ، لأنه لا يجبر على إبقاء ما يتضرر به ، كإبقاء غرسه ، وإن جعل التراب في أرض المالك ، ولم يبرئه من ضمان ما يتلف بها فله طمها ، لأنه يدفع ضرر الضمان عنه ، وإن أبرأه من ضمان ما يتلف بها ، ففيه وجهان: أحدهما– يبرأ، لأنه لما سقط الضمان بالإذن في حفرها سقط بالإبراء منها ، فعلى هذا لا يملك طمها ، لأنه لا غرض فيه . والثاني– لا يبرأ بالإبراء ، لأنه إنما يكون من واجب ، ولم يجب بعد شئ فعلى هذا يملك طمها لغرضه فيه .

فصل : وإن زرعها ، وأخذ زرعه ، فعليه أجرة الأرض ، وما نقصها ، والزرع له لأنه عين بذره نما ، وإن أدركها ربها ، والزرع قائم ، فليس له إجبار الغاصب على القلع ، ويخير بين تركه إلى الحصاد بالأجرة ، وبين أخذه ويدفع إلى الغاصب نفقته لما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله ﷺ : « **من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شئ ، وترد عليه نفقته** »[1] قال الترمذي : هذا حديث

---

(١) **حسن.** رواه أبو داود [٣٤٠٣]، والترمذي [١٣٦٦]، وابن ماجه [٢٤٦٦]، وأحمد (٣/٤٦٥)، من طريق شريك، عن أبي إسحق، عن عطاء، عن رافع بن خديج رضي الله عنه مرفوعاً، وفيه شريك بن عبد الله وهو صدوق يخطئ كثيراً، وأبو إسحق السبيعي اختلفوا في سماعه من عطاء، واختلفوا أيضاً في سماع عطاء من رافع بن خديج. وقد أثبت ابن التركماني في «الجوهر النقي» (٦/١٣٦) اتصال السند في بحث قيم فليراجع. قال الترمذي: حديث حسن غريب، ثم قال: وسألت محمد بن =

حسن . ولأنه أمكن الجمع بين الحقين بغير إتلاف ، فلم يجز الإتلاف ، كما لو غصب لوحاً ، فرقع به سفينة ملججة[١] في البحر ، وفارق الغراس ، لأنه لا غاية له ينتظر إليها . وفيما يرده من النفقة روايتان: أحدهما- القيمة ، لأنها بدل عنه ، فتقدرت به ، كقيم المتلفات ، والثانية- ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث وغيره ، لظاهر الحديث ، ولأن قيمة الزرع زادت من أرض المالك ، فلم يكن عليه عوضها ، وإن أدرك رب الأرض شجر الغاصب مثمراً ، فقال القاضي : للمالك أخذه وعليه ما أنفقه الغاصب من مؤنة الثمرة ، كالزرع ، لأنه في معناه ، وظاهر كلام الخرقي أنه للغاصب ، لأنه ثمر شجره ، فكان له كولد أمته .

فإن جصص الدار ، وزوقها ، فالحكم فيه كالحكم في البناء سواء، وإن وهب ذلك لمالكها ، ففي إجباره على قبول الهبة وجهان ، كالصبغ في الثوب .

فصل : وإن غصب عيناً فبعدت بفعله أو غيره، فعليه ردها ، وإن غرم أضعاف قيمتها ، لأنه بتعديه . وإن غصب خشبة فبنى عليها فبليت ، لم يجب ردها ووجبت قيمتها ، لأنها هلكت فسقط ردها . وإن بقيت على جهتها ، لزم ردها ، وإن انتقض البناء ، لأنه مغصوب يمكن رده ، فوجب ، كما لو بعدها . وإن غصب خيطاً فخاط به ثوباً ، فهو كالخشبة في البناء . وإن خاط به جرحه ، أو جرح حيوان يخاف التلف بقلعه ، أو ضرراً كثيراً ، لم يقلع ، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة مال الغير ، ولهذا جاز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان دون غيره ، إلا أن يكون الحيوان مباح القتل كالمرتد والخنزير فيجب رده ، لأنه لا حرمة له. وإن كان الحيوان مأكولا للغاصب ، وجب رده ، لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه . ويحتمل أن لا يقلع ، لنهي النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[٢] . وإن كان الحيوان لغير

= إسماعيل عن هذا الحديث فقال: هو حديث حسن. اهـ.

(١) لجّجت السفينة: أي خاضت الجة، ولجة البحر: حيث لا يدرك قعره، أو الماء الكثير الذي لا يرى طرفاه. (اللسان).

(٢) لم أجده مرفوعاً، وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/٤٠٦): غريب، وقال الحافظ في «الدراية» (٢/١٢٠): لم أجده. لكنه روى موقوفاً من حديث يحيى بن سعيد أن أبا بكر الصديق بعث جيوشاً =

الغاصب لم يقلع بحال ، لأن فيه ضرراً بالحيوان وبصاحبه . وإن مات الحيوان ، وجب رد الخيط ، إلا أن يكون آدمياً ، لأن حرمته باقية بعد موته . والحكم فيما إذا بلع الحيوان جوهرة كالحكم فى الخيط سواء .

فصل : وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة ، وخاف الغرق بنزعه ، لم ينزع ، لأنه يمكنه رده بغير إتلاف مال ، بأن تخرج إلى الشط ، فلم يجز إتلافه ، سواء كان فيها ماله ، أو مال غيره .

فصل : وإن أدخل فصيلاً أو غيره إلى داره ، فلم يمكن إخراجه إلا بنقض الباب نقض كما ينقض البناء لرد الخشبة . وإن دخل الفصيل من غير تفريطه ، فعلى صاحب الفصيل ما يصلح به الباب ، لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب ، وهكذا الحكم إن وقع الدينار فى محبرة إنسان بتفريط أو غيره.

فصل : وإن غصب عبداً فأبق أو دابة فشردت ، فللمغصوب منه المطالبة بقيمته لأنه تعذر رده فوجب بدله ، كما لو تلف ، فإذا أخذ البدل ، ملكه ، لأنه بدل ماله ، كما يملك بدل التالف . ولا يملك الغاصب المغصوب ، لأنه لا يصح تمليكه بالبيع ، فلا يملكه بالتضمين ، كالتالف ، فإن قدر عليه ، رده وأخذ القيمة ، لأنها استحقت بالحيلولة ، وقد زالت ، فوجب ردها ، وزيادة القيمة المتصلة للغاصب ، لأنها تتبع الأصل ، والمنفصلة للمغصوب منه ، لأنها لا تتبع الأصل فى الفسخ بالعيب ، وهذا فسخ . فأما المغصوب فيرد بزيادته المتصلة والمنفصلة ، لأن ملك صاحبه لم يزل عنه .

فصل : وإن غصب أثماناً ، فطالبه مالكها بها فى بلد آخر ، لزم ردها إليه ، لأن

= إلى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان ـ الحديث، وفيه: ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا لمأكلة. رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٢٧٧)، والبيهقى (٨٦/٩). ورواه سعيد بن منصور [٢٣٨٣] من طريق عبد الله بن عبيدة أن أبا بكر فذكره. وأخرجه البيهقى (٨٩/٩) من طريق سعيد بن المسيب عن أبى بكر، وفى (٩٠/٩) من طريق صالح بن كيسان، ويزيد بن أبى مالك الشامى، وأبى عمران الجونى، وهذه الأسانيد كلها مرسلة، فإن هؤلاء الرواة جميعهم ممن لم يلق أبا بكر ﷺ .

الأثمان قيم الأموال ، فلا يضر اختلاف قيمتها . وإن كان المغصوب من المتقومات، لزم دفع قيمتها فى بلد الغصب ، وإن كان من المثليات وقيمته فى البلدين واحدة ، أو هى أقل فى البلد الذى لقيه فيه ، فله مطالبته بمثله ، لأنه لا ضرر على الغاصب فيه . وإن كانت أكثر ، فليس له المثل ، لأننا لا نكلفه النقل إلى غير البلد الذى غصبه فيه ، وله المطالبة بقيمته فى بلد الغصب ، وفى جميع ذلك متى قدر على المغصوب ، أو المثل فى بلد الغصب ، رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق .

فصل : إذا تلف المغصوب ، وهو مما لـه مثل ، كالأثمان والحبوب والأدهان ، فإنه يضمن بمثله ، لأنه يماثله من حيث الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة تماثله من طريق الظن والاجتهاد ، فكان المثل أولى ، كالنص مع القياس ، فإن تغيرت صفته كرطب صار تمراً ، أو سمسم صار شيرجاً ، ضمنه المالك بمثل أيهما أحب لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما . وإن وجب المثل وأعوز[١] ، وجبت قيمته يوم عوزه ، لأنه يسقط بذلك المثل ، وتجب القيمة ، فأشبه تلف المتقومات . وقال القاضى : تجب قيمته يوم قبض البدل ، لأن التلف لم ينقل الوجوب إلى القيمة ، بدليل ما لو وجد المثل بعد ذلك وجب رده . وإن قدر على المثل بأكثر من قيمته ، لزمه شراؤه ، لأنه قدر على أداء الواجب فلزمه ، كما لو قدر على رد المغصوب بغرامة.

فصل : فإن كان مما لا مثل له ، وجبت قيمته ، لقول رسول الله ﷺ : **« من أعتق شركاً له فى عبد ، فكان له ما يبلغ ثمن العبد ، قُوم وأعطى شركاؤه حصصهم»**[٢] متفق عليه . فأوجب القيمة ، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن ، لاختلاف الجنس الواحد فى القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه.

---

(١) أعوز المثلُ: أى تعذر. (المطلع).
(٢) رواه البخارى [٢٥٢٢]، ومسلم [١٥٠١]، وأبو داود [٣٩٤٠]، والترمذى [١٣٤٦]، والنسائى (٢٨١/٧)، وابن ماجه [٢٥٢٨]، وأحمد (١١٢/٢)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ، نظرت ، فإن كان ذلك لمعنى فيه وجبت قيمته أكثر ما كانت ، لأن معانيه مضمونة مع رد العين ، فكذا مع تلفها ، وإن كان لاختلاف الأسعار ، فالواجب قيمته يوم تلف ، لأنها حينئذ ثبتت فى ذمته ، وما زاد على ذلك ، لا يضمن مع الرد ، فكذلك مع التلف ، كالزيادة على القيمة . وتجب القيمة من نقد البلد الذى تلف فيه ، لأنه موضع الضمان . وإن كان المضمون سبيكة ، أو نقرة أو مصوغاً ، ونقد البلد من غير جنسه ، أو قيمته كوزنه ، وجبت ، لأن تضمينه بها لا يؤدى إلى الربا ، فأشبه غير الأثمان، وإن كان نقد البلد من جنسه وقيمته مخالفة لوزنه ، قُوِّم بغير جنسه كيلا يؤدى إلى الربا . وإن كانت الصناعة محرمة ، فلا عبرة بها ، لأنها لا قيمة لها شرعاً. وذكر القاضى: أن ما زادت قيمته لصناعة مباحة ، جاز أن يضمن بأكثر من وزنه ، لأن الزيادة فى مقابلة الصنعة ، فلا يؤدى إلى الربا .

فصل : فإذا كان للمغصوب منفعة تستباح بالإجارة فأقام فى يده مدة لمثلها أجرة ، فعليه الأجرة . وعنه : إن منافع الغصب لا تضمن . والمذهب الأول ، لأنه يطلب بذلها بعقد الإجارة ، فتضمن بالغصب ، كالعين . وسواء رد العين أو بدلها ، لأن ما وجب مع ردها ، وجب مع بدلها ، كأرش النقص . فإن تلفت العين ، لم تلزمه أجرتها بعد التلف ، لأنه لم يبق لها أجرة . ولو غصب داراً فهدمها ، أو عرصة فبناها ، أو داراً فهدمها ثم بناها وسكنها ، فعليه أجرة عرصة ، لأنه لما هدم البناء لم يبق له أجرة لتلفه ، ولما بنى العرصة كان البناء له ، فلم يضمن أجرة ملكه إلا أن يبنيها بترابها ، أو آلة للمغصوب منه فيكون ملكه ، لأنها أعيان ماله ، وليس للغاصب فيه إلا أثر الفعل ، فتكون أجرتها عليه .

وكل ما لا تستباح منافعه بالإجارة أو تندر إجارته ، كالغنم ، والشجر ، والطير فلا أجرة له . ولو أطرق فحلاً ، أو غصب كلباً لم تلزمه أجرة ، لذلك ، لأنه لا يجوز أخذ العوض عن منافعه بالعقد ، فلا يجوز بغيره .

فصل : وإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ، فعليه أجرته وأرش نقصه ، لأن كل

واحد منهما يضمن منفرداً فيضمن مع غيره ، ويحتمل أن يضمن أكثر الأمرين من الأجرة وأرش النقص ، لأن ما نقص حصل بالانتفاع الذى أخذ المالك أجرته ولذلك لا يضمن المستأجر أرش هذا النقص . وإن كان الثوب مما لا أجرة له كغير المخيط ، فعليه أرش نقصه حسب . وإن كان المغصوب عبداً فكسب ، ففى أجرته مدة كسبه وجهان ، كذلك . وإن أبق العبد فغرم قيمته ، ثم وجده فرده ، ففى أجرته من حين دفع قيمته إلى رده وجهان: أحدهما- لا يلزمه ، لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرتها . والثانى- يلزمه ، لأن منافع ماله تلفت بسبب كان فى يد الغاصب ، فلزمه ضمانها ، كما لو لم يدفع القيمة وإن غصب أرضاً فزرعها ، فأخذ المالك زرعها ، لم تكن على الغاصب أجرة ، لأن منافع ملكه عادت إليه ، إلا أن يأخذه بقيمته فتكون له الأجرة إلى وقت أخذه لأن القيمة زادت بذلك للغاصب ، فكان نفعها عائداً إليه .

فصل : وإذا غصب عيناً فباعها لعالم بالغصب ، فتلفت عند المشترى ، فللمالك تضمين أيهما شاء ، قيمتها وأجرتها مدة مقامها فى يد المشترى، يُضَمِّن الغاصب لغصبه ، والمشترى لقبضه ملك غيره بغير إذنه ، فإن ضمن الغاصب ، رجع على المشترى ، وإن ضمن المشترى ، لم يرجع على أحد ، لأنه غاصب تلف المغصوب فى يده فاستقر الضمان عليه ، كالغاصب إذا تلف تحت يده . فأما أجرتها أو نقصها قبل بيعها ، فعلى الغاصب وحده ، لا شئ على المشترى منه . وإن كان جارية فوطئها ، لزمه الحد والمهر ، وردها مع رد ولدها ، وأجرتها وأرش نقصها ، وولده رقيق ، لأن وطأه زنى فأشبه الغاصب ، وإن لم يعلم المشترى بالغصب ، فلا حد عليه ، وولده حر ، وعليه فداؤه بمثله يوم وضعه ، لأنه مغرور، فأشبه ما لو تزوجها على أنها حرة . وللمالك تضمين أيهما شاء ، لما ذكرنا ، فإن ضَمَّن الغاصب ، رجع على المشترى بقيمة العين ونقصها وأرش بكارتها، لأنه دخل مع البائع ، على أن يكون ضامناً لذلك بالثمن ، فلم يغره فيه، ولا يرجع عليه ببدل الولد إذا ولدت منه ونقص الولادة ، لأنه دخل معه على أن لا يضمنه فغره بذلك. فأما ما

حصلت له به منفعة ولم يلتزم ضمانه ، كالأجرة والمهر، ففيه روايتان: إحداهما- لا يرجع به، لأن المشترى دخل معه فى العقد على أن يتلفه بغير عوض، فقد غره فاستقر الضمان على الغاصب، كعوض الولد . والثانية- يرجع به، لأن المشترى استوفى بدل ذلك فتقرر ضمانه عليه، وإن ضمن المشترى، رجع على الغاصب بما لا يرجع به الغاصب عليه، لأنه استقر ضمانه على الغاصب، ولم يرجع بما يرجع به الغاصب عليه، لأنه لا فائدة فى رجوعه عليه بما يرجع به الغاصب عليه.

فصل : وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب ، أو أطعمه إياه ، استقر الضمان على المتهب ، ولم يرجع على أحد ، لما ذكرنا فى المشترى ، وإن لم يعلم ، رجع بما غرم على الغاصب ، لأنه غره لدخوله معه ، على أنه لا يضمن . وعنه : فيما إذا أكله أو أتلفه : أنه لا يرجع به ، لأنه غرم ما أتلف ، فعلى هذا إن غرم الغاصب رجع على الآكل ، لأنه أتلفه ، فاستقر الضمان عليه . وإن أجر الغاصب العين ثم استردها المالك ، رجع على من شاء منهما بأجرتها ، ويستقر الضمان على المستأجر علم أو جهل ، لأنه دخل فى العقد على أن يضمن المنفعة ، ويسقط عنه المسمى فى الإجارة . وإن تلفت العين فغرمها ، رجع به على الغاصب إذا لم يعلم ، لأنه دخل معه ، على أنه لا يضمن . وإن وكل رجلاً فى بيعها ، أو أودعها ، فللمالك تضمين من شاء ، لما ذكرنا . وإن ضمنهما ، رجعا بما غرما على الغاصب ، إلا أن يعلما بالغصب فيستقر الضمان عليهما . وإن أعارها ، استقر الضمان على المستعير ، علم أو جهل ، لأنه دخل، على أنها مضمونة عليه ، وإن غرمه الأجرة ، ففيه وجهان مضى توجيههما فى المشترى .

فصل : وإن أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالماً به ، برئ الغاصب ، لأنه أتلف ماله برضاه ، عالماً به . وإن لم يعلم ، فالمنصوص أنه يرجع . قيل لأحمد فى رجل له قبَل رجل تبعة فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية ولم يعلم ، فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية. ويقول: هذا لك عندى ، وهذا لأنه بالغصب أزال سلطانه ، وبالتقديم إليه لم يعد ذلك السلطان ، فإنه إباحة لا يملك بها التصرف فى غير ما

أذن له فيه . ويتخرج أن يبرأ ، لأنه رد إليه ماله فبرئ ، كما لو وهبه إياه . ويحمل كلام أحمد، على أنه أوصل إليه بدله ، فأما إن وهبه إياه ، فالصحيح أنه يبرأ ، لأنه قد سلمه تسليماً صحيحاً ورجع إليه سلطانه ، وزالت يد الغاصب بالكلية ، وكذلك إن باعه إياه ، وسلمه إليه . فأما إن أودعه إياه ، أو أعاره أو أجره إياه ، فإن علم أنه ماله ، برئ الغاصب ، لأنه عاد إلى يده وسلطانه ، وإن لم يعلم ، لم يبرأ ، لأنه لم يعد إليه سلطانه ، وإنما قبضه على الأمانة ، فقال بعض أصحابنا : يبرأ ، لأنه عاد إلى يده.

فصل : وأم الولد تضمن بالغصب، لأنها تضمن بالإتلاف بالقيمة ، فتضمن بالغصب، كالقن[1] . ولا يضمن الحر بالغصب ، لأنه ليس بمال ، فلم يضمن باليد. وإن حبس حراً فمات ، لم يضمنه لذلك إلا أن يكون صغيراً ، ففيه وجهان أحدهما– لا يضمن ، لأنه حر أشبه الكبير . والثاني– يضمنه ، لأنه تصرف له في نفسه ، أشبه المال ، فإن قلنا لا يضمنه وكان عليه حلي ، فهل يضمن الحلي ؟ فيه وجهان: أحدهما– لا يضمنه ، لأنه تحت يده ، أشبه ثياب الكبير . والثاني– يضمنه لأنه استولى عليه ، فأشبه ما لو كان منفرداً ، وإن استعمل الكبير مدة كرهاً ، فعليه أجرته ، لأنه أتلف عليه ما يتقوم ، فلزمه ضمانه كإتلاف ماله . وإن حبسه مدة لمثلها أجرة ، ففيه وجهان: أحدهما– تلزمه الأجرة ، لأنها منفعة تضمن بالإجارة ، فضمنت بالغصب ، كنفع المال . والثاني– لا تلزمه لأنها تلفت تحت يده ، فلم تضمن ، كأطرافه.

فصل : وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه ، لزمه رده ، لأن فيه نفعاً مباحاً . وإن غصب خمر ذمي ، لزمه ردها إليه ، لأنه يقر على اقتنائها وشربها ، وإن غصبها من مسلم ، وجبت إراقتها ، لأن النبي ﷺ أمر بإراقة خمر الأيتام[2] . وإن أتلفها لمسلم أو ذمي ، لم يضمنها ، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « إن الله إذا حرم

(١) هو العبد يملك، هو وأبواه (المصباح).

(٢) سبق تخريجه (١٠٨/١).

شيئاً حرم ثمنه ،[1] ولأنها يحرم الانتفاع بها فلم تضمن ، كالميتة . وإن غصبه منهما فتخلل في يده ، لزمه رده إلى صاحبه ، لأنه صار خلاً على حكم ملكه ، فإن تلف ضمنه ، لأنه مال تلف في يد الغاصب ، فإن أراقه صاحبه فجمعه إنسان فتخلل، لم يلزمه رده ، لأن صاحبه أزال ملكه عنه بتبديده.

فصل : وإن غصب جلد ميتة ، ففي وجوب رده وجهان ، مبنيان على طهارته بالدباغ ، فإن قلنا : يطهر ، وجب رده ، لأنه يمكن التوصل إلى تطهيره ، أشبه الثوب النجس . وإن قلنا : لا يطهر ، لم يجب رده، ويحتمل أن يجب، إذا قلنا: يجوز الانتفاع به في اليابسات، ككلب الصيد، وإن أتلفه ، لم يضمنه ، لأنه لا قيمة له.

فصل : وإن كسر صليباً أو مزماراً ، لم يضمنه ، لأنه لا يحل بيعه ، فأشبه الميتة وإن كسر أواني الذهب والفضة ، لم يضمنها ، لأن اتخاذها محرم . وإن كسر آنية الخمر ، ففيه روايتان: إحداهما– يضمنها ، لأنها مال غير محرم ، ولأنها تضمن إذا كان فيها خل ، فتضمن إذا كان فيها خمر ، كالدار . والثانية– لا تضمن ، لما روى ابن عمرﷺ أن النبي ﷺ أمره بتشقيق زقاق الخمر[2] . رواه أحمد في «المسند».

فصل : ومن أتلف مالاً محترماً لغيره ، ضمنه ، لأنه فوته عليه فضمنه ، كما لو غصبه فتلف عنده . وإن فتح قفص طائر فطار ، أو حل دابة ، فشردت ، أو قيد عبد ، فذهب ، أو رباط سفينة فغرقت ، ضمن ذلك كله، لأنه تلف بسبب فعله فضمنه ، كما لو نفر الطائر ، أو الدابة . وإن فعل ذلك ، فلم يذهب حتى جاء آخر فنفرهما ، فالضمان على المنفر ، لأن فعله أخص ، فاختص الحكم به كالدافع مع الحافر . وإن

---

(١) سبق تخريجه (٢/٩).

(٢) **صحيح**. رواه أحمد (٢/١٣٢) من طريق أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب عن ابن عمر ﷺ قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتيه بمدية –وهي الشفرة– الحديث. وإسناده ضعيف فيه ابن أبي مريم وهو ضعيف اختلط بعد سرقة كتبه كما في «التقريب» وله طريق آخر رواه أحمد (٢/٧١) والبيهقي (٨/٢٨٧) من طريق ابن لهيعة عن أبي طعمة عن عبد الله بن عمر ﷺ به. ورجاله ثقات غير ابن لهيعة فهو صدوق اختلط بعد احتراق كتبه كما في «التقريب» وله طريق أمثل من هذا رواه البيهقي (٨/٢٨٧) من طريق ابن وهب أخبرني عبد الرحمن بن شريح وابن لهيعة والليث بن سعد عن خالد بن يزيد عن ثابت بن يزيد الخولاني. فذكره مطولاً والحديث صحيح بمجموع طرقه.

وقف طائر على جدار ، فنفره إنسان فطار ، لم يضمنه ، لأن تنفيره لم يكن سبب فواته ، لأنه كان فائتاً قبله ، وإن طار في هواء داره فرماه فقتله ، ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر الهواء فأشبه ما لو قتله في غير داره.

فصل : وإن حل زقاً فاندفق ، أو خرج منه شئ بلّ أسفله فسقط ، أو سقط بريح، أو زلزلة ، أو كان جامداً فذاب بالشمس فاندفق ، ضمنه ، لأنه تلف بسببه فضمنه، كما لو دفعه ، وقال القاضي : لا يضمنه إذا سقط بريح ، أو زلزلة لأن فعله غير ملجئ فلا يضمنه ، كما لو دفعه إنسان آخر . ولنا أنه لم يتخلل بين فعله وتلفه مباشرة يمكن إحالة الضمان عليها ، فيجب أن يضمنه ، كما لو جرح إنساناً فأصابه الحر فمات به ، فأما إن بقي واقفاً ، فجاء إنسان فدفعه ، ضمنه الثاني ، لأنه مباشر ، وإن كان يخرج قليلاً قليلاً ، فجاء إنسان فنكسه فاندفق ، ضمن الثاني ما خرج بعد التنكيس ، لأنه مباشر له ، فهو كالذابح بعد الجارح . ويحتمل أن يشتركا فيما بعد التنكيس . وإن فتح زقاً فيه جامد ، وجاء آخر فقرب إليه ناراً فأذابه فاندفق ، ضمنه الثاني ، لأنه باشر الإتلاف . وإن أذابه الأول ، ثم فتحه الثاني ، فالضمان على الثاني لأن التلف حصل بفعله .

فصل : وإن أجج في سطحه ناراً ، فتعدت فأحرقت شيئاً لجاره ، وكان ما فعله يسيراً جرت العادة به ، لم يضمن ، لأنه غير متعد ، وإن أسرف فيه لكثرته ، أو كونه في ريح عاصف ، ضمن . وكذلك إن سقى أرضه فتعدى إلى حائط آخر .

فصل : وإن أطارت الريح إلى داره ثوباً ، لزمه حفظه ، لأنه أمانة حصلت في يده، فلزمه حفظها كاللقطة . فإن عرف صاحبه ، لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه كاللقطة إذا ترك تعريفها . وإن دخل طائر داره، لم يلزمه حفظه ، ولا إعلام صاحبه، لأنه محفوظ بنفسه . فإن أغلق عليه باباً ليمسكه ، ضمنه ، لأنه أمسكه لنفسه ، فضمنه كالغاصب ، وإن لم ينو ذلك ، لم يضمنه ، لأنه يملك التصرف في داره ، فلم يضمن ما فيها .

فصل : إذا اختلف المالك والغاصب فى تلف المغصوب ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف ، ويلزمه البدل ، لأنه بيمينه ، تعذر الرجوع إلى العين ، فوجب بدلها ، كما لو أبق العبد المغصوب . وإن اختلفا فى قيمة المغصوب، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة المختلف فيها ، فأشبه من ادعى عليه دين، فأقر ببعضه وجحد باقيه . وإن قال المالك : كان كاتباً قيمته ألف، وقال الغاصب : كان أميا قيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لما ذكرنا. وإن قال الغاصب : كان سارقاً فقيمته مائة، وقال المالك: لم يكن سارقاً فقيمته ألف، فالقول قول المالك ، لأن الأصل عدم السرقة . وإن غصبه طعاماً وقال: كان عتيقاً فلا يلزمنى حديث، وأنكره المالك فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته من الحديث، ويأخذ المغصوب منه العتيق، لأنه دون حقه. وإن اختلفا فى الثياب التى على العبد المغصوب هل هى للغاصب أو للمالك؟ فهى للغاصب ، لأنها هى والعبد فى يده ، فكان القول قوله فيها. وإن غصبه خمراً، فقال المالك: استحالت خلاً، فأنكره الغاصب، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل عدم الاستحالة.

فصل : إذا اشترى رجل عبداً ، فادعى رجل أن البائع غصبه إياه ، فأنكر المشترى، وصدقه البائع ، حلف المشترى ، والعبد له ، وعلى البائع قيمته . ولا يملك مطالبة المشترى بالثمن ، لأنه لا يدعيه ، إلا أن يغرم قيمته، فيملك مطالبته بأقل الأمرين ، من قيمته ، أو ثمنه ، لأنه يدعى القيمة ، والمشترى يقر بالثمن فيكون له أقلهما ، وللمالك مطالبة المشترى ، لأنه مقر بالثمن للبائع ، والبائع يقر به لمالكه . فإن قلنا بصحة تصرف الغاصب ، فله مطالبته بجميع الثمن . وإن قلنا : لا تصح ، فله أقل الأمرين ، لما تقدم . وإن صدقه المشترى ، فأنكره البائع حلف البائع وبرئ ، ويأخذ المدعى عبده ، لما روى سمرة ﷺ عن النبى ﷺ أنه قال : **« من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به »**[1] وإن كان المشترى أعتق العبد ، فصدق البائع

---

(١) سبق تخريجه (١٢٤/٢).

والمشترى الغاصب غرم أيهما شاء قيمته ، ويستقر الضمان على المشترى ، لأنه أتلف العبد بعتقه . وإن وافقهما العبد على التصديق ، فكذلك ، ولم يبطل العتق ، لأنه حق الله تعالى فلا يقبل قولهم فى إبطاله . وفيه وجه آخر- أنه يبطل العتق إذا صدقوه كلهم ، ويعود العبد رقيقاً للمدعى لأنه إقرار بالرق على وجه لا يبطل حق أحد، فيقبل، كإقرار مجهول الحال .



كتاب الشُّفعة

وهى استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها . وهى ثابتة بالسنة والإجماع ، أما السنة ، فما روى جابرﷺ قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شرك[١] لم يقسم ربعة، أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء، أخذ، وإن شاء، ترك، فإن باع ولم يستأذنه ، فهو أحق به.[٢] رواه مسلم . وأجمع المسلمون على ثبوت الشفعة فى الجملة. ولا تثبت إلا بشروط سبعة:

أحدها– أن يكون المبيع أرضاً ، للخبر ، ولأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك، بخلاف غيره . فأما غير الأرض فنوعان: أحدهما– البناء والغراس، فإذا بيعا مع الأرض، ثبتت الشفعة فيه ، لأنه يدخل فى قوله حائط، وهو البستان المحوط، ولأنه يراد للتأبيد، فهو كالأرض . وإن بيع مفرداً ، فلا شفعة فيه ، لأنه ينقل ويحول، وعن أحمد: أن فيه شفعة ، لقول رسول الله ﷺ : **«الشفعة فيما لم يقسم»**[٣]، ولأن فى الأخذ بها دفع ضرر الشركة ، فأشبه الأرض . والمذهب الأول ، لأن هذا مما لا يتباقى ضرره فأشبه المكيل . وفى سياق الخبر ما يدل على أنه أراد الأرض لقوله: فإذا طرقت الطرق ، فلا شفعة . النوع الثانى– الزرع، والثمرة الظاهرة، والحيوان وسائر المبيعات فلا شفعة فيه تبعاً ولا أصلاً، لأنه لا يدخل فى البيع تبعاً، فلا يدخل فى الشفعة تبعاً. وعن أحمد: أن الشفعة فى كل ما لا ينقسم، كالحجر والسيف والحيوان وما فى معناه ، ووجه الروايتين ما ذكرناه .

---

(١) الشِّرْك: النصيب. (المصباح).

(٢) رواه مسلم [١٦٠٨]، وأبو داود [٣٥١٣]، **والنسائى (٢٦٥/٧)، وأحمد** (٣١٢/٣).

(٣) هو جزء من الحديث الآتى تخريجه.

فصل : الشرط الثاني– أن يكون المبيع مشاعاً ، لما روى جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ : أن الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [١] متفق عليه . ولأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر الداخل بالقسمة من نقص قيمة الملك ، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، ولا يوجد هذا في المقسوم.

فصل : الشرط الثالث– أن يكون مما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحى[٢] والبئر الصغيرة والدار الصغيرة ، فلا شفعة فيه ، لما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا فحل[٣] ، ولأن إثبات الشفعة إنما كان لدفع الضرر الذي يلحق بالمقاسمة ، وهذا لا يوجد فيما لا يقسم. وعن أحمد رحمه الله: أن الشفعة تثبت فيه ، لعموم الخبر ، ولأنه عقار مشترك فثبتت فيه الشفعة . كالذي يمكن قسمته، والمذهب الأول . فأما الطريق في درب مملوك ، فإن لم يكن للدار طريق سواها ، فلا شفعة فيها ، لأنه يضر بالمشتري لكون داره تبقى بلا طريق . وإن كان لها غيرها ، ويمكن قسمتها بحيث يحصل لكل واحد منهم طريق ، ففيها الشفعة ، لوجود المقتضي لها ، وعدم الضرر في الأخذ بها . وإن لم يمكن قسمتها ، خرج فيها الروايتان كغيرها .

فصل : الشرط الرابع– أن يكون الشقص منتقلاً بعوض ، فأما الموهوب والموصى به، فلا شفعة فيه ، لأنه انتقل بغير بدل ، أشبه الموروث . والمنتقل بعوض نوعان: أحدهما– ما عوضه المال كالمبيع ، ففيه الشفعة بالإجماع ، والخبر ورد فيه. الثاني– ما عوضه غير المال، كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ، وما اشتراه

---

(١) رواه البخاري [٢٢١٤] وهذا لفظه، ومسلم [١٦٠٨]، وأبو داود [٣٥١٤]، وابن ماجه [٢٤٩٩]، وأحمد (٢٩٦/٣).

(٢) الطاحون. (المصباح).

(٣) **حسن**. رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٤٤٦)، وعنه عبد الرزاق [١٤٣٩٣] من طريق أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن عثمان بن عفان قال: فذكره مرسلاً. ووصله الشافعي في «الأم» (٤/٤)، ومن طريقه البيهقي، من طريق محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان به. وإسناده حسن رجاله ثقات غير محمد بن عمارة فإنه صدوق يخطئ، كما في «التقريب».

الذمى بخمر ، أو خنزير ، فلا شفعة فيه فى ظاهر المذهب ، لأنه انتقل بغير مال ، أشبه الموهوب ، ولأنه لا يمكن الأخذ بمثل العوض ، أشبه الموروث . وقال ابن حامد: فيه الشفعة ، لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع ، فعلى قوله يأخذ الشقص بقيمته، لأن أخذه بمهر المثل يفضى إلى تقويم البضع فى حق الأجانب . ذكره القاضى . وقال الشريف : يأخذه بمهر المثل ، لأنه ملكه ببدل لا مثل له فيجب الرجوع إلى قيمته ، كما لو اشتراه بعرض . ولا تجب الشفعة بالرد بالعيب ، والفسخ بالخيار أو الاختلاف . لأنه فسخ للعقد وليس بعقد ، ولا برجوع الزوج فى الصداق ، أو نصفه قبل الدخول لذلك ، ولا بإقالة إذا قلنا: هى فسخ، لذلك .

فصل : الشرط الخامس– الطلب بها على الفور ساعة العلم ، فإن أخرها مع إمكانها سقطت الشفعة . قال أحمد : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم ، لما روى عن عمر ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « **الشفعة كحل العقال** »[1] رواه ابن ماجه. ولأن إثباتها على التراخى يضر بالمشترى ، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ، ولا يتصرف فيه بعمارة ، خوفاً من أخذ المبيع وضياع عمله . وقال ابن حامد : يتقدر بالمجلس وإن طال ، لأنه كله فى حكم حالة العقد ، بدليل صحة العقد بوجود القبض ، فيما يشترط قبضه فيه . وعن أحمد : أنه على التراخى ما لم توجد منه دلالة على الرضى كقوله: بعنى أو صالحنى على مال أو قاسمنى ، لأنه حق لا ضرر فى تأخيره ، أشبه القصاص، والمذهب الأول . لكن إن أخره لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصباح، أو لحاجته إلى أكل أو شرب أو طهارة ، أو إغلاق باب ، أو خروج من الحمام أو خروج لصلاة أو نحو هذا ، لم تبطل شفعته ، لأن العادة البداءة بهذه الأشياء ، إلا أن يكون حاضراً عنده فيترك المطالبة ، فتبطل شفعته ، لأنه لا ضرر عليه

(١) **ضعيف.** رواه ابن ماجه [٢٥٠٠]، والبيهقى (١٠٨/٦)، وابن عدى فى «الكامل» (٢١٨٨/٦) من طريق محمد بن الحارث، عن محمد بن عبد الرحمن البيلمانى، عن أبيه، عن ابن عمر رضي الله عنهما به، وإسناده ضعيف، فيه محمد بن الحارث، ومحمد بن عبد الرحمن البيلمانى، وأبوه، وثلاثتهم ضعفاء كما فى «التقريب»، والحديث ضعفه البيهقى، وابن عدى، والبوصيرى فى «الزوائد» [٨٨٦]، والحافظ فى «التلخيص» (٥٦/٣).

في الطلب بها . وإن لقيه الشفيع فبدأه بالسلام ، لم تبطل شفعته ، لأن البداءة بالسلام سنة ، وكذا إن دعا له فقال: بارك الله في صفقة يمينك ، لاحتمال أن يكون دعا له في صفقته ، لأنها أوصلته إلى شفعته . وإن أخر الطلب لمرض ، أو حبس ، أو غيبة ، لم يمكنه فيه التوكيل ولا الإشهاد ، فهو على شفعته ، لأنه ترك لعذر . وإن قدر على إشهاد من تقبل شهادته ، فلم يفعل ، ولم يسر في طلبها من غير عذر ، بطلت شفعته ، لأنه قد يترك الطلب زهداً ، أو للعذر، فإذا أمكنه تبيين ذلك بالإشهاد ، فلم يفعل ، بطلت شفعته ، كتركه الطلب في حضوره . وإن لم يشهد وسار عقيب علمه ، ففيه وجهان: أحدهما- تبطل ، لأن السير قد يكون لطلبها أو لغيره ، فوجب بيان ذلك بالإشهاد . كما لو لم يسر . والثاني- لا تبطل ، لأن سيره عقيب علمه ظاهر في طلبها فاكتفي به ، كالذي في البلد . وإن أشهد ثم أخر القدوم ، لم تبطل شفعته ، لأن عليه في العجلة ضرراً ، لانقطاع حوائجه . وقال القاضي : تبطل إن تركه مع الإمكان . وإن كان له عذر فقدر على التوكيل فلم يفعل ، ففيه وجهان: أحدهما- تبطل شفعته ، لأنه تارك للطلب مع إمكانه ، فأشبه الحاضر. والثاني- لا تبطل لأنه إن كان بجعل، ففيه غرم ، وإن كان بغيره ففيه منة ، وقد لا يثق به. وإن أخر المطالبة بعد قدومه وإشهاده ، ففيه وجهان، بناء على تأخير السير لطلبها .

فصل: وإن ترك الطلب لعدم علمه بالبيع ، أو لكون المخبر لا يقبل خبره ، أو لإظهار المشتري أن الثمن أكثر مما هو ، أو أنه اشترى البعض ، أو اشترى بغير النقد الذي اشترى به ، أو أنه اشتراه لغيره ، أو أنه اشتراه لنفسه وكان كاذباً فهو على شفعته . ولو عفا عن الشفعة لذلك ، لم تسقط ، لأنه قد لايرضاه بالثمن الذي أظهره ، أو لا يقدر على النقد ، وقد يرضى مشاركة من نسب إليه البيع ، دون من هو له في الحقيقة ، فلم يكن ذلك رضى بالبيع الواقع . وإن أظهر أن الثمن قليل فترك الشفعة ، وكان كثيراً ، سقطت ، لأن من لا يرضى بالقليل ، لا يرضى بأكثر منه . فإن ادعى أنه لم يصدق المخبر ، وهو ممن يقبل خبره الديني ، سقطت شفعته .

رجلاً كان أو امرأة ، إذا كان يعرف حاله . لأن هذا من باب الإخبار ، وقد أخبره من يجب تصديقه . وإن لم يكن المخبر كذلك ، فالقول قوله .

فصل : وإن باع الشفيع حصته عالماً بالبيع ، بطلت شفعته لأنها ثبتت ، لإزالة ضرر الشركة وقد زال ببيعه . وإن باع قبل العلم ، فكذلك عند القاضى لذلك، ولأنه لم يبق له ملك يستحق به . وقال أبو الخطاب : لا تسقط ، لأنها ثبتت بوجود ملكه حين البيع، وبيعه قبل العلم لا يدل على الرضى ، فلا تسقط . وله أن يأخذ الشقص المبيع من مشتريه ، ولمشتريه أن يأخذ الشقص الذى باعه الشفيع من مشتريه ، لأنه كان مالكاً حين البيع الثانى ملكاً صحيحاً فثبتت له الشفعة . وعلى قول القاضى : للمشترى الأول أخذ الشقص من المشترى الثانى . وإن باع الشفيع البعض احتمل سقوط الشفعة، لأنها استحقت بجميعه . وقد ذهب بعضه فسقط الكل ، ويحتمل أن لا تسقط، لأنه قد بقى من نصيبه ما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع.

فصل: الشرط السادس– أن يأخذ جميع المبيع . فإن عفى عن البعض ، أو لم يطلبه ، سقطت شفعته ، لأن فى أخذ البعض تفريقاً لصفقة المشترى ، وفيه إضرار به. وإنما تثبت الشفعة على وجه يرجع المشترى بماله ، من غير ضرر به ، فمتى سقط بعضها ، سقطت كلها كالقصاص . فإن كان المبيع شقصين من أرضين فله أخذ أحدهما ، لأنه يستحق أخذ كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لأن فيه تفريق صفقة المشترى ، أشبه الأرض الواحدة . وإن كان البائع ، أو المشترى اثنين من أرض ، أو أرضين ، فله أخذ نصيب أحدهما ، لأنه متى كان فى أحد طرفى الصفقة اثنان ، فهما عقدان فكان له الأخذ بأحدهما ، كما لو كانا متفرقين .

فصل : فإن كان للشقص شفعاء ، فالشفعة بينهم على قدر حصصهم فى الملك ، فى ظاهر المذهب ، لأنه حق يستحق بسبب الملك ، فيسقط على قدره . كالأجرة والثمرة . وعنه : أنها بينهم بالسوية . اختارها ابن عقيل ، لأن كل واحد منهم يأخذ الكل لو انفرد ، فإذا اجتمعوا تساووا ، كسراية

العتق[١] ، فإن عفى بعضهم يوفر نصيبه على شركائه ، وليس لهم أخذ البعض ، لأن فيه تفريق صفقة المشترى . وإن جعل بعضهم حصته لبعض شركائه ، أو لأجنبى ، لم يصح ، وكانت لجميعهم ، لأنه عفو وليس بهبة . وإن حضر بعض الشركاء وحده فليس له إلا أخذ الجميع ، لئلا تتبعض صفقة المشترى . فإن ترك الطلب انتظاراً لشركائه ، ففيه وجهان: أحدهما- تسقط شفعته ، لتركه طلبها مع إمكانه . والثانى- لا تسقط ، لأن له عذراً ، وهو الضرر الذى يلزمه بأخذ صاحبيه منه . فإن أخذ الجميع ، ثم حضر الثانى ، قاسمه . فإذا حضر الثالث ، قاسمهما ، وما حدث من النماء المنفصل فى يد الأول ، فهو له ، لأنه حدث فى ملكه . وإن أراد الثانى الاقتصار على قدر حقه ، فله ذلك ، لأنه لا يبعض الصفقة على المشترى ، إنما هو تارك بعض حقه لشريكه ، فإذا قدم الثالث ، فله أن يأخذ ثلث ما فى يد الثانى ، وهو التسع ، فيضمه إلى ما فى يد الأول ، وهو الثلثان تصير سبعة أتساع ، يقتسمانها نصفين ، لكل واحد ثلث ونصف تسع ، وللثانى تسعان. ولو ورث اثنان داراً ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه وعمه ، لأنهما شريكان للبائع، فاشتركا فى شفعته ، كما لو ملكا بسبب واحد .

فصل : وإن كان المشترى شريكاً ، فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر ، لأنهما تساويا فى الشركة ، فتساويا فى الشفعة ، كما لو كان الشريك أجنبياً ، فإن أسقط المشترى شفعته ليلزم شريكه ، أخذ الكل ، لم يملك ذلك ، لأن ملكه استقر على قدر حقه ، فلم يسقط بإسقاطه . وإن كان المبيع شقصاً وسيفاً صفقة واحدة فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن نص عليه . ويحتمل أن لا يجوز ، لئلا تتشقص صفقة المشترى ، والصحيح الأول ، لأن المشترى أضر بنفسه ، حيث جمع فى العقد بين ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه .

---

(١) يقال سَرَيْت الليل سرياً، والاسم: السِّراية، إذا قطعته بالسير. ويعنى الفقهاء بسراية العتق أن العبد إذا أعتق بعضه، سرى العتق إلى بعضه الآخر. (المصباح).

فصل : الشرط السابع- أن يكون الشفيع قادراً على الثمن ، لأن أخذ المبيع من غير دفع الثمن إضرار بالمشترى . وإن عرض رهناً ، أو ضميناً ، أو عوضاً عن الثمن ، لم يلزمه قبوله ، لأن فى تأخير الحق ضرراً ، وإن أخذ بالشفعة ، لم يلزم تسليم الشقص حتى يتسلم الثمن . فإن تعذر تسليمه ، فقال أحمد : يصبر يوماً ، أو يومين أو بقدر ما يرى الحاكم ، فأما أكثر فلا ، فعلى هذا إن أحضر الثمن ، وإلا فسخ الحاكم الأخذ ، ورده إلى المشترى . فإن أفلس بعد الأخذ خير المشترى بين الشقص وبين أن يضرب مع الغرماء بثمنه، كالبائع المختار .

فصل : ويأخذ الثمن الذى استقر العقد عليه ، لقول النبى ﷺ فى حديث جابر: « **فهو أحق به بالثمن** »[1] رواه أبو إسحاق الجوزجانى. ولأنه استحقه بالبيع فكان عليه الثمن كالمشترى . فإن كان الثمن مثلياً كالأثمان والحبوب والأدهان ، وجب مثله ، وإن كان غير ذلك ، وجبت قيمته ، لما ذكرنا فى الغصب. وتعتبر قيمته حين وجوب الشفعة ، كما يأخذ الثمن الذى وجب بالشفعة ، فإن حط بعض الثمن عن المشترى ، أو زيد عليه فى مدة الخيار ، لحق العقد ، ويأخذه الشفيع بما استقر عليه العقد ، لأن زمن الخيار كحالة العقد . وما وجد بعد ذلك من حط أو زيادة ، لم يلزم فى حق الشفيع ، لأنه ابتداء هبة ، فأشبه غيره من الهبات . وإن كان الثمن مؤجلاً ، أخذ به الشفيع إن كان ملياً ، وإلا أقام ضامناً ملياً وأخذ بـه ، لأنه تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته ، والتأجيل من صفته . وإن كان الثمن عبداً فأخذ الشفيع بقيمته ، ثم وجد به البائع عيباً فأخذ أرشه ، وكان الشفيع أخذ بقيمته سليماً، لم يرجع عليه بشئ ، لأن الأرش دخل فى القيمة . وإن أخذ بقيمته معيباً ، رجع عليه بالأرش الذى أخذه البائع من المشترى ، لأن البيع استقر بعقد سليم. وإن رد البائع العبد قبل أخذ الشفيع ، انفسخ العقد ولا شفعة ، لزوال السبب قبل الأخذ، ولأن فى الأخذ بالشفعة إسقاط حق البائع من استرجاع المبيع وفيه ضرر . ولا يُزال

(١) سبق تخريجه (٢٨٧/٢) ، ولفظ: «بالثمن» ورد من طريق البيهقى (١٠٤/٦) ، ورواه أيضاً أحمد (٣٨٢/٣) بلفظ: «**فهم أحق به بالثمن**».

الضرر بالضرر . وإن رده بعد أخذ الشفيع ، رجع بقيمة الشقص، وقد أخذه الشفيع بقيمة العبد ، فإن كانتا مختلفتين ، رجع صاحب الأكثر على الآخر بتمام القيمة لأن الشفيع يأخذ بما استقر عليه العقد ، والذى استقر عليه العقد ، قيمة الشقص. وإن أصدق امرأة شقصاً ، وقلنا تجب الشفعة فيه ، فطلق الزوج قبل الدخول والأخذ بالشفعة ، ففيه وجهان: أحدهما- لا شفعة لما ذكرنا . والثانى- يقدم حق الشفيع، لأن حقه أسبق ، لأنه ثبت بالعقد ، وحق الزوج بالطلاق بخلاف البائع ، فإن حقه ثبت بالعيب القديم .

فصل : فإن اختلف الشفيع والمشترى فى قدر الثمن ، فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه العاقد ، فهو أعلم بالثمن . ولأن المبيع ملكه فلا ينزع منه بدعوى مختلفٍ فيها إلا ببينة . وإن قال المشترى: لا أعلم قدر الثمن ، فالقول قوله لأنه أعلم بنفسه ، فإذا حلف ، سقطت الشفعة ، لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه إلا أن يفعل ذلك تحيلاً على إسقاطها ، فلا تسقط ، ويؤخذ الشقص بقيمته ، لأن الغالب بيعه بقيمته . وإن ادعى عليه أنك فعلته تحيلاً فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنه منكر . وإن كان الثمن عرضاً ، فاختلفا فى قيمته ، رجع إلى أهل الخبرة إن كان موجوداً ، وإن كان معدوماً ، فالقول قول المشترى فى قيمته . وإن اختلفا فى الغراس والبناء فى الشقص ، فقال المشترى: أنا أحدثته ، وقال الشفيع: كان قديماً ، فالقول قول المشترى مع يمينه . ولو قال : اشتريت نصيبه فلى فيه الشفعة ، فأنكر ذلك ، وقال: بل اتهبته ، أو ورثته ، فالقول قوله مع يمينه .

فصل : فإن ادعى عليه الشراء، فقال: اشتريته لفلان سئل المقر له. فإن صدقه فهو له. وإن كذبه، فهو للمشترى، ويؤخذ بالشفعة فى الحالين. وإن كان المقر له غائباً، أخذه الشفيع بإذن الحاكم، والغائب على حجته إذا قدم ، لأننا لو وقفنا الأمر إلى حضور المقر له ، كان ذلك إسقاطاً للشفعة، لأن كل مشترٍ يدعى أنه لغائب. وإن قال: اشتريته لابنى الطفل ، فهو كالغائب فى أحد الوجهين. وفى الآخر- لا تجب الشفعة، لأن الملك ثبت للطفل، ولا يثبت فى ماله حق بإقرار وليه عليه. فأما إن

ادعى عليه الشفعة فى شقص فقال : هذا لفلان الغائب ، أو الطفل ، فلا شفعة فيه ، لأنه قد ثبت لهما وإقراره بعد ذلك إقرار على غيره ، فلا يقبل .

فصل : إذا اختلف البائع والمشترى ، فقال البائع : الثمن ألفان ، وقال المشترى: هو ألف ، وأقام البائع بينة بدعواه ، ثبتت ، وللشفيع أخذه بألف ، لأن المشترى يقر أنه لا يستحق أكثر منها ، وأن البائع ظلمه ، فلا يرجع بما ظلمه على غيره . وإن قال المشترى : غلطت والثمن ألفان ، لم يقبل ، لأنه رجوع عن إقراره فلا يقبل . كما لو أقر لأجنبى . وإن لم يكن بينة ، تحالفا ، وليس للشفيع أخذه بما حلف عليه المشترى ، لأن فيه إلزاماً للعقد فى حق البائع ، بخلاف ما حلف عليه . فإن بذل ما حلف عليه البائع ، فله الأخذ ، لأن البائع مقر له بأنه يستحق الشفعة به ، ولا ضرر على المشترى فيه .

فصل: وإن أقر البائع بالبيع فأنكره المشترى ، ففيه وجهان: أحدهما- لا تثبت الشفعة ، لأن الشراء لم يثبت ، فلا تثبت الشفعة التابعة له ، ولأن البائع إن أقر بقبض الثمن ، لم يمكن الشفيع دفعه إلى أحد ، لأنه لا مدعى له ولا يمكن الأخذ بغير ثمن . وإن لم يقر البائع بقبضه ، فعلى من يرجع الشفيع بالعهدة. والثانى- تثبت الشفعة ، لأن البائع مقر بحق للمشترى والشفيع ، فإذا لم يقبل المشترى قبل الشفيع ، وثبت حقه ، ويأخذ الشقص من البائع ، ويدفع إليه الثمن . وإن لم يكن أقر بقبضه ، والعهدة عليه ، لأن الأخذ منه . وإن أقر بقبض الثمن عرضناه على المشترى ، فإن قبله دفع إليه ، وإلا أقر فى يد الشفيع فى أحد الوجوه ، وفى الآخر- يؤخذ إلى بيت المال . والثالث- يقال له : إما أن تقبض ، وإما أن تبرئ ، وأصل هذا إذا أقر بمال فى يده لرجل ، فلم يعترف به .

فصل: وإذا تصرف المشترى فى الشقص قبل أخذ الشفيع ، لم يخل من خمسة أضرب: أحدها- تصرف بالبيع ، وما تستحق به الشفعة ، فللشفيع الخيار بين أن يأخذ بالعقد الثانى ، وبين فسخه ، ويأخذ بالعقد الأول ، لأنه شفيع فى العقدين ، فملك الأخذ بما شاء منهما ، فإن أخذه بالثانى ، دفع إلى المشترى الثانى مثل ثمنه

وإن أخذه بالأول ، دفع إلى المشترى الأول مثل ما اشترى به وأخذ الشقص ، ويرجع الثانى على الأول بما أعطاه ثمناً، وإن كان ثم ثالث ، رجع الثالث على الثانى .

الثانى- تصرف برد أو إقالة ، فللشفيع فسخ الإقالة والرد ، ويأخذ الشقص ، لأن حقه أسبق منهما ، ولا يمكنه الأخذ معهما .

الثالث- وهبه، أو وقفه ، أو رهنه ، أو أجره، ونحوه ، فعن أحمد : تسقط الشفعة ، لأن فى الأخذ بها إسقاط حق الموهوب ، والموقوف عليه بالكلية ، وفيه ضرر، بخلاف البيع ، ولأنه يوجب رد العوض إلى غير المالك وحرمان المالك . وقال أبو بكر: تجب الشفعة ، لأن حق الشفيع أسبق ، فلم يملك المشترى التصرف بما يسقط حقه، ولأنه ملك فسخ البيع مع إمكان الأخذ به، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى فعلى هذا يفسخ هذه العقود، ويأخذ الشقص، ويدفع الثمن إلى المشترى.

الرابع- بناء وغرس ، ويتصور ذلك بأن يكون الشفيع غائباً ، فقاسم المشترى وكيله فى القسمة ورفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه، أو أظهر ثمناً كثيراً أو نحوه فترك الشفيع الشفعة وقاسمه ، فبنى وغرس ، ثم أخذ الشفيع بالشفعة ، فإن اختار المشترى أخذ بنائه وغراسه ، لم يمنع منه، لأنه ملكه ، فملك نقله ، ولا يلزمه تسوية الحفر ، ولا ضمان النقص ، لأنه غير متعد ، ويحتمل كلام الخرقى أن يلزمه تسوية الحفر ، لأنه فعله فى ملك غيره لتخليص ملكه ، فأشبه ما لو كسر محبرة إنسان لتخليص ديناره منها . وإن لم يقلعه ، فللشفيع الخيار بين أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء فيملكه ، وبين أن يقلعه ، ويضمن نقصه ، لأن النبى ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار»[1] من المسند، ورواه ابن ماجه . ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك .

الخامس- زرع الأرض ، فالزرع مبقى لصاحبه حتى يستحصد ، لأنه زرعه بحق، فوجب إبقاؤه له كما لو باع الأرض المزروعة .

---

(١) سبق تخريجه (١٣٤/٢).

فصل : وإن نما المبيع نماء متصلاً ، كغراس كبر ، أو طلع زاد قبل التأبير ، أخذه الشفيع بزيادته ، لأنها تتبع الأصل فى الملك ، كما تتبعه فى الرد ، فإن كان نماء منفصلاً كالغلة ، والطلع المؤبر ، والثمرة الظاهرة ، فهى للمشترى ، لأنها حدثت فى ملكه ، وليست تابعة للأصل ، وتكون مبقاة إلى أوان الجذاذ ، لأن أخذ الشفيع شراء ثان ، فإن كان المشترى اشترى الأصل والثمرة الظاهرة معاً ، أخذ الشفيع الأصل بحصته من الثمن ، كالشقص والسيف .

فصل : وإن تلف بعض المبيع ، فهو من ضمان المشترى ، لأنه ملكه تلف فى يده ، وللشفيع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن ويأخذ أنقاضه لأنه تعذر أخذ البعض فجاز أخذ الباقى ، كما لو أتلفه آدمى . وقال ابن حامد : إن تلف بفعل الله تعالى لم يملك أخذ الباقى إلا بكل الثمن أو يترك ، لأن فى أخذه بالبعض إضراراً بالمشترى فلم يملكه كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع .

فصل : ويملك الشفيع الأخذ بغير حاكم ، لأنه حق ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر إلى الحاكم ، كالرد بالعيب ، ويأخذه من المشترى ، فإن كان فى يد البائع ، فامتنع المشترى من قبضه ، أخذه من البائع ، لأنه يملك أخذه ، فملكه كما لو كان فى يد المشترى . وقال القاضى : يجبر المشترى على القبض ، ثم يأخذه الشفيع لأن أخذه من البائع يفوت به التسليم المستحق ، ولا يثبت للمشترى خيار ، لأنه يؤخذ منه قهراً ولا للشفيع بعد التملك ، لأنه يأخذه قهراً ، وذلك ينافى الاختيار ، ويملك الرد بالعيب ، لأنه مشتر ثان ، فملك ذلك كالأول. وإن خرج مستحقاً ، رجع بالعهدة على المشترى ، لأنه أخذه منه على أنه ملكه ، فرجع عليه ، كما لو اشتراه منه ، ويرجع المشترى على البائع .

فصل : وإذا أذن الشريك فى البيع ، لم تسقط شفعته ، لأنه إسقاط حق قبل وجوبه ، فلم يصح ، كما لو أبرأه مما يجب له . وعن أحمد أنه قال : ما هو ببعيد أن لا يكون له شفعة ، لقول النبى ﷺ : « **لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن**

باع ولم يؤذنه ، فهو أحق به »[1] رواه مسلم . يفهم منه أنه إذا باعه بإذنه لا حق له . وإن دل في البيع ، أو ضمن العهدة أو توكل أو جعل له الخيار ، فاختار إمضاء البيع ، فهو على شفعته .

فصل : وإذا كان في البيع محاباة ، أخذ الشفيع بها ، لأنه بيع صحيح ، فلا يمنع الشفعة فيه كونه مسترخصاً . وإن كان البائع مريضاً ، والمحاباة ، لأجنبي فيما دون الثلث ، أخذ الشفيع بها ، لأنها صحيحة نافذة ، وسواء كان الشفيع وارثاً أو لم يكن ، لأن المحاباة إنما وقعت للأجنبي ، فأشبه ما لو وصى لغريم وارثه ، ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة هاهنا لإفضائه إلى جعل سبيل للإنسان إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة . وإن كانت محاباة المريض لوارثه ، أو لأجنبي بزيادة على الثلث ، بطلت كلها في حق الوارث ، والزيادة على الثلث في حق الأجنبي ، وصح البيع في الباقي وثبت للمشتري الخيار لتفريق صفقته وللشفيع الأخذ على ذلك الوجه .

فصل : إذا مات الشفيع قبل الطلب ، بطلت شفعته ، نص عليه ، لأنه حق فسخ لا لفوات جزء ، فلم يورث ، كرجوع الأب في هبته ، ويتخرج أن يورث ، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فيورث ، كالرد بالعيب ، فإن مات بعد الطلب ، لم تسقط ، لأنها تقررت بالطلب بحيث لم تسقط بتأخيره ، بخلاف ما قبله ، فإن ترك بعض الورثة حقه ، يوفر على شركائه في الميراث ، كالشفعاء في الأصل .

فصل : وإن كان بعض العقار وقفاً ، وبعضه طلقاً ، فبيع الطّلق ، فذكر القاضي أنه لا شفعة لصاحب الوقف ، لأن ملكه غير تام ، فلا يستفيد به ملكاً تاماً . وقال أبو الخطاب : هذا ينبني على الروايتين في ملك الوقف ، إن قلنا : هو مملوك ، فلصاحبه الشفعة ، لأنه يلحقه الضرر من جهة الشريك ، فأشبه الطلق ، وإن قلنا : ليس بمملوك ، فلا شفعة له ، لعدم ملكه .

---

(١) سبق تخريجه (٢٨٧/٢) .

فصل : ولا شفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه ، لأن فيه إلزام البيع بغير رضى المتبايعين ، وإسقاط حقهما من الخيار ، وقيل : يؤخذ بالشفعة ، لأن الملك انتقل فإن كان الخيار للمشترى وحده ، فللشفيع الأخذ ، لأنه يملك الأخذ من المشترى قهراً ، ويحتمل أن لا يملكه ، لأن فيه إلزام البيع فى حق المشترى بغير رضاه .

فصل : وللصغير الشفعة ، ولوليه الأخذ بها إذا رأى الحظ ، فإذا أخذ بها لم يملك الصغير إبطالها بعد بلوغه ، كما لو اشترى له داراً . وإن تركها مع الحظ فيها ، لم تسقط ، وملك الصغير الأخذ بها إذا بلغ ، وإن تركها الولى للحظ فى تركها ، أو لإعسار الصبى ، سقطت فى قول ابن حامد ، لأنه فعل ما تعين عليه فعله ، فلم يجز نقضه ، كالرد بالعيب . وظاهر كلام الخرقى : أنها لا تسقط لأن للشفيع الأخذ مع الحظ وعدمه ، فملك طلبها عند إمكانه ، كالغائب إذا قدم ، والمجنون كالصبى ، لأنه محجور عليه . وإن باع الولى لأحد الأيتام نصيباً ، فله الأخذ بها للآخر ، وإن كان الولى شريكاً ، لم يملك الأخذ بها إن كان وصياً لأنه متهم ، وإن كان أباً ، فله الأخذ ، لأن له أن يشترى لنفسه من مال ولده . وهل لرب المال الشفعة على المضارب فيما يشتريه ؟ على وجهين بناء على شرائه منه لنفسه .

فصل : ولا شفعة لكافر على مسلم ، لما روى أنس رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال : **« لا شفعة لنصرانى »**[1] رواه الطبرانى فى الصغير . ولأنه معنى يختص العقار ، فلم تثبت للكافر على المسلم كالاستعلاء ، وتثبت الشفعة للمسلم على الذمى ، وللذمى على الذمى ، للخبر والمعنى .



(١) **ضعيف**. رواه الطبرانى فى «الصغير» (١/٢٠٦)، والبيهقى (٦/١٠٩)، والخطيب فى «التاريخ» (١٣/٤٣٤)، وابن عدى فى «الكامل» (٧/٢٥٢٠) من طريق نائل بن نجيح، عن سفيان الثورى، عن حميد، عن أنس رضي الله عنه به، وإسناده ضعيف فيه نائل بن نجيح وهو ضعيف كما فى «التقريب»، والحديث ضعفه أبو حاتم فى «العلل» (١/٤٧٨)، وابن عدى، وقد صوّب الدارقطنى والبيهقى أنه من قول الحسن البصرى.

بَابُ
إحياء الموات

وهو الأرض الدائرة التي لا يعرف لها مالك ، وهي نوعان: أحدهما- ما لم يجر عليه ملك ، فهذا يملك بالإحياء ، لما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « **من أحيا أرضاً ميتة فهي له** »[1] رواه أحمد ، والترمذي وصححه . ولا تفتقر إلى إذن الإمام ، للخبر ، ولأنه تملك مباح ، فلم يفتقر إلى إذن ، كالصيد . الثاني- ما جرى عليه ملك ، وباد أهله ، ولم يعرف له مالك ، ففيه روايتان: أحدهما- تملك بالإحياء ، للخبر ، ولما روى طاووس أن النبي ﷺ قال : « **عاديّ الأرض لله ولرسوله ، ثم هي لكم بعد** »[2] رواه أبو عبيد في «الأموال» ، ولأنه في دار الإسلام فيملك ، كاللقطة . والثانية: لا يملك ، لأنه إما لمسلم ، أو لذمي ، أو بيت المال ، فلم يجز إحياؤه ، كما لو تعين مالكه . ويجوز إحياء ما قرب من العامر إذا لم يتعلق بمصالحه ، للخبر والمعنى ، وعنه : لا يملك لأنه لا يخلو من مصلحة ، فأشبه ما تعلق بمصالحه، والمذهب الأول .

فصل : وما تعلقت به مصلحة العامر ، كحريم البئر ، وفناء الطريق ، ومسيل الماء، لا يملك بالإحياء ، ولا يجوز لغير مالك العامر إحياؤه ، لأنه تابع للعامر، مملوك

---

(١) **صحيح**. رواه الترمذي [١٣٧٩] بهذا اللفظ، والنسائي في «الكبرى» [٥٧٥٧]، وأحمد (٣٣٨/٣)، وابن حبان [٢٥٠٥]، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وصحح إسناده الحافظ في «التغليق» (٣١٠/٣).

(٢) **ضعيف**. رواه يحيى بن آدم في «الخراج» [٢٧٠]، ومن طريقه البيهقي (١٤٣/٦)، ومحمد بن يوسف في «الخراج» (ص: ٦٥)، من طريق ليث بن أبي سليم، عن طاوس مرسلاً، ورواه الشافعي في «الأم» (٤٥/٤)، ومن طريقه البيهقي في «المعرفة» [١٢١٨٢] من طريق سفيان، عن طاوس مرسلاً، ورواه الشافعي في «المسند» (بدائع المنن ـ ٢٠٤/٢)، وأبو عبيد في «الأموال» [٦٧٦] من طريق ابن طاوس ـ وهو عبد الله ـ، عن أبيه مرسلاً. والحديث ضعيف لإرساله، وأشار الحافظ في «التلخيص» (٦٢/٣) إلى ضعفه.

لصاحبه ، ولأن تجويز إحيائه ، إبطال للملك فى العامر على أهله ، وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ، ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالإحياء، ولأنه ليس بموات ، وتجويز إحيائه ، تضييق على الناس فى أملاكهم وطرقهم ، وهذا لا يجوز .

فصل : ويجوز الإحياء من كل من يملك المال ، للخبر ، ولأنه فعل يملك به ، فجاز ممن يملك المال ، كالصيد . ويملك الذمى بالإحياء ، فى دار الإسلام لذلك . وقال ابن حامد : لا يملك فيها بالإحياء ، لخبر طاووس . وليس لمسلم إحياء أرض فى بلد صولح الكفار على المقام فيه ، لأن الموات تابع للبلد ، فلم يجز تملكه عليهم ، كالعامر .

فصل : وفى صفة الإحياء ، روايتان: إحداهما– أن يعمر الأرض لما يريدها له ، ويرجع فى ذلك إلى العرف ، لأن النبى ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين ، فحمل على المتعارف . فإن كان يريدها للسكنى ، فإحياؤها بحائط، جرت عادتهم بالبناء به، وسقف، فإنها لا تصلح للسكنى ، إلا بذلك ، وإن أرادها حظيرة لغنم ، أو حطب، فبحائط جرت العادة بمثله ، وإن أرادها للزرع ، فبسوق الماء إليها من نهر، أو بئر، ولا يعتبر حرثها ، لأنه يتكرر كل عام ، فأشبه السكنى ، ولا يحصل الإحياء به لذلك ، وإن كانت أرضاً يكفيها المطر ، فإحياؤها بتهيئتها للغرس والزرع ، إما بقلع أشجارها، أو أحجارها ، أو تنقيتها ونحو ذلك مما يعد إحياء. وإن كانت من أرض البطائح[1] فإحياؤها بحبس الماء عنها ، لأن إحياءها بذلك ، ولا يعتبر فى الإحياء للسكنى نصب الأبواب ، لأن السكنى ممكنة بذلك. والرواية الأخرى– التحويط إحياء لكل أرض، لما روى سمرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال : « **من حاط حائطاً على أرض فهى له**»[2] رواه أبو داود . لأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء ، كما لو أرادها حظيرة.

---

(١) هى التى يُفسدها غرقها بالماء، لكثرته. (المغنى ـ ٤٣٨/٥).

(٢) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٠٧٧]، والنسائى فى «الكبرى» [٥٧٦٣]، وأحمد (١٢/٥)، وابن الجارود [١٠١٥] من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة رضي الله عنه به. وله شاهد رواه أحمد (٣٨١/٣)، وعبد بن حميد [١٠٩٥] من طريق قتادة، عن سليمان بن قيس اليشكرى، عن جابر رضي الله عنه، وإسناده صحيح. والحديث صححه ابن الجارود كما قال الحافظ فى «البلوغ» (ص:١٩٠).

فصل : وإذا أحياها ، ملكها بما فيها من المعادن ، والأحجار ، لأنه يملك الأرض بجميع أجزائها ، وطبقاتها ، وهذا منها . وإن ظهر فيها معدن جارٍ ، كالقِيْر[١] والنفط والماء ، ففيه روايتان: إحداهما- لا يملكه ، لقول النبي ﷺ : **«الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار »**[٢] رواه الخلال . وكذلك الحكم في الكلأ والشجر لقول رسول الله ﷺ : **« لا حمى في الأراك »**[٣] والثانية- يملك ذلك كله لأنه نماء ملكه ، فملكه كشعر غنمه .

فصل : ومن حفر بئراً في موات ، ملك حريمها ، والمنصوص عن أحمد رحمه الله: أن حريم البئر البديء[٤] خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب . ومن سبق إلى بئر عادية[٥] ، فاحتفرها ، فحريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ، لما روى عن سعيد ابن المسيب أنه قال : السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً ، والبديء خمسة وعشرون ذراعاً[٦] . رواه أبو عبيد في « الأموال » . وروى الخلال والدارقطني

---

(١) القير هو القار، وهما لغتان. (المصباح).

(٢) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٤٧٧]، وأحمد (٣٦٤/٥)، والبيهقي (١٥٠/٦)، من طريق حريز بن عثمان، عن حبان بن زيد أبي خداش الشرعبي، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ بلفظ: **«المسلمون شركاء في ثلاث»** ـ الحديث، ورواه أبو عبيد في «الأموال» [٧٢٩] بلفظ المصنف **«الناس»**، ورجاله ثقات كما قال الحافظ في «الدراية» (٢٤٦/٢)، وفي «البلوغ» (ص: ١٩٠)، وله شواهد، منها ما رواه الطبراني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وإسناده حسن، كما قال الحافظ في «التلخيص» (٦٥/٣).

(٣) **حسن.** رواه أبو داود [٣٠٦٦]، والدارمي [٢٦١٤]، والطبراني في «الكبير» [٨٠٨]، من طريق فرج بن سعيد، عن ثابت بن سعيد بن أبيض بن حمّال، عن أبيه، عن جده، وإسناده حسن، فرج بن سعيد صدوق، وثابت بن سعيد وأبوه كلاهما مقبول، كما في «التقريب»، وله شاهد من حديث ثمامة بن شراحيل، عن سمي بن قيس، عن شمير بن عبد المدان، عن أبيض بن حمّال أنه سأل رسول الله ﷺ عما يحمى من الأراك فقال: **«ما لم تبلغه خفاف الإبل»** رواه أبو داود [٣٠٦٤]، والترمذي [١٣٨٠]، والنسائي في «الكبرى» [٥٧٦٩]. قال الترمذي: حديث حسن غريب (طبعة الهند - ٣٠٠/٢).

(٤) حريم البئر: هو ما حولها من مرافقها وحقوقها كما في «المطلع»، والبئر البَدِيء: هي البئر الحادثة وهي خلاف القديمة. (المصباح).

(٥) البئر العادية: القديمة، وهي نسبة إلى عاد، وكانت لها آبار في الأرض، نسب إليها كل قديم. والبديء: هي التي ابتدأتها أنت. (المغني ـ ٤٣٨/٥)، (تلخيص الحبير ـ ٦٣/٣).

(٦) **مرسل صحيح.** رواه ابن أبي شيبة (٣٧٣/٦)، والبيهقي (١٥٥/٦) من طريق الزهري، عن ابن =

عن النبى ﷺ نحوه[١]، وقال القاضى: حريمها ما تحتاج إليه فى ترقية الماء منها، كقدر مدار الثور، إن كان بدولاب، وقدر طول البئر إن كان بالسوانى، وحمل التحديد فى الحديث، وكلام أحمد على المجاز. والظاهر خلافه، فإنه قد يحتاج إلى حريمها لغير ترقية الماء، لموقف الماشية، وعطن الإبل ونحوه. وأما العين المستخرجة فحريمها ما يحتاج إليه صاحبها، ويستضر بتملكه عليه وإن كثر. وحريم النهر ما يحتاج إليه، لطرح كرايته، وطريق شاوية[٢]، وما يستضر صاحبه بتملكه عليه، وإن كثر.

فصل: ومن تحجر مواتاً وشرع فى إحيائه ولم يتم، فهو أحق به، لقول رسول الله ﷺ: **«من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»**[٣] رواه أبو داود. فإن نقله إلى غيره، صار الثانى أحق به، لأن صاحب الحق آثره به. فإن مات، انتقل إلى وارثه، لقول النبى ﷺ: **«من ترك حقاً، أو مالاً فهو لورثته»**[٤]. وإن باعه لم يصح لأنه لم يملكه، فلم يصح بيعه، كحق الشفعة، ويحتمل جواز بيعه، لأنه صار أحق به. فإن بادر إليه غيره فأحياه، لم يملكه فى أحد الوجهين لمفهوم قوله عليه السلام: **«من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»**، ولأن حق المتحجر

= المسيب موقوفاً به. ورواه الزهرى، عن يحيى بن سعيد، عن ابن المسيب قال: جعل رسول الله ﷺ حريم البئر ـ الحديث أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (نصب الراية ـ ٢٩٢/٤). وإسناده صحيح إلى ابن المسيب، إلا أنه مرسل. ورواه أبو داود فى «المراسيل» [٤٢٨]، والحاكم (٩٧/٤)، والبيهقى (١٥٦/٦)، من طريق إسماعيل، بن أمية، عن الزهرى، عن ابن المسيب مرسلاً، ورجاله ثقات كما قال الحافظ فى «الدراية» (٢٤٥/٢)، وقال عبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٣٠٢/٣): والمرسل أشبه، وقال الدارقطنى (٢٢٠/٤): الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب. اهـ.

(١) **إسناده ضعيف.** رواه الدارقطنى (٢٢٠/٤) من طريقين عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة رضي الله عنه مرفوعاً أوله «حريم البدى خمسة وعشرون ذرعاً» ـ الحديث. وإسناده ضعيف، الطريق الأولى فيها محمد بن يوسف المقرى وهو متهم بالوضع، كما قال الدارقطنى، والأخرى فيها الحسن بن أبى جعفر وهو ضعيف الحديث كما فى «التقريب»، والحديث، ضعفه البيهقى (١٥٦/٦).

(٢) يعنى: الطريق اليابسة. (القاموس).

(٣) سبق تخريجه (٣٣٠/١).

(٤) سبق تخريجه (١٣١/٢).

أسبق فكان أولى ، كحق الشفيع مع المشترى . والثانى- يملكه ، لأنه أحيا أرضاً ميتة، فيدخل فى عموم الحديث ، ولأن الإحياء يملك به ، فقدم على التحجر الذى لا يملك به . وإن شرع فى الإحياء وترك ، قال له السلطان : إما أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك ، لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك فلم يمكن منه ، كالوقوف فى طريق ضيق . فإن سأل الإمهال ، أمهل مدة قريبة ، كالشهرين ونحوهما ، فإن انقضت ولم يعمر ، فلغيره إحياؤها ، ويملكها كسائر الموات .

فصل : وإذا كان فى الموات معدن ظاهر ينتفع به المسلمون ، كالملح ، وعيون الماء والكبريت والكحل والقار ، ومعادن الذهب والفضة والحديد ومقاطع الطين ونحوها ، لم يجز لأحد إحياؤها . ولا تملك بالإحياء . لأن النبى ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له: إنه بمنزلة الماء المعد رده. رواه أبو داود، وقال: يا رسول الله ما نحمى من الأراك؟ قال: **«ما لم تنله أخفاف الإبل»**[1] ولأن هذا مما يحتاج إليه، فلو ملك بالإحياء، ضاق على الناس وغلت أسعاره ، وكذلك ما نضب عنه الماء من الجزائر عند الأنهار الكبار . قال أحمد: يروى عن عمر رضي الله عنه : أنه أباح الجزائر[2] وأنا آخذ به ، يعنى : ما ينبت فيها ، ولأن البناء فيها يرد الماء إلى الجانب الآخر فيضر بأهله ، ولأنها منبت الكلأ والحطب فأشبهت المعادن .

فصل : وكل بئر ينتفع بها المسلمون ، أو عين نابعة ، فليس لأحد احتجارها، لأنها بمنزلة المعادن الظاهرة . ومن حفر بئراً لغير قصد التملك ، إما لينتفع بها المسلمون، أو لينتفع بها مدة ثم يتركها ، لم يملكها ، وكان أحق بها حتى يرحل عنها ثم تكون للمسلمين . ومن حفر بئراً للتملك فلم يظهر ماؤها ، لم يملك به ، لأنه ما تم إحياؤها ، وكان كالمتحجر الشارع فى الإحياء .

---

(١) سبق تخريجه (٣٠٢/٢)، وهو أحد شواهد حديث **«لا حمى فى الأراك»**.

(٢) رواه ابن سعد فى «الطبقات» (٥٣/٤) عن عبد الله بن جعفر عن أبى المليح قال: كتب عمر بن العزيز بإباحة الجزائر، وقال: إنما هو شيء أنبته الله، فليس أحد أحق به من أحد.

فصل : وإن أحيا أرضاً، فظهر فيها معدن ، ملكه ، لأنه لم يضيق على الناس به، لأنه الذى أخرجه . ولو كان فى الموات أرض يمكن فيها إحداث معدن ظاهر ، كشط البحر إذا حصل فيه ماؤه ، صار ملحاً ، ملكه بالإحياء ، لأنه توسيع على المسلمين لا تضييق .

فصل : ومن سبق إلى معدن ظاهر وهو الذى يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة ، كالماء والملح والنفط ، أو باطن لا يوصل إلى ما فيه إلا بالعمل ، كمعادن الذهب والحديد ، كان أحق به ، للخبر . فإن أقام بعد قضاء حاجته ، منع منه ، لأنه يضيق على الناس بغير نفع ، فأشبه الوقوف فى مشرعة ماء لا يستقى منها . وإن طال مقامه للأخذ ، ففيه وجهان: أحدهما- لا يمنع ، لأنه سبق ، فكان أحق ، كحالة الإبتداء. والثانى- يمنع ، لأنه يصير كالمتحجر . فإن سبق إليه اثنان يضيق المكان عنهما ، أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه . وقال بعض أصحابنا : إن كانا يأخذان للتجارة ، هايأه الإمام بينهما . وإن كانا يأخذان للحاجة ، ففيه أربعة أوجه: أحدها- يهايأ بينهما . والثانى- يقرع بينهما . والثالث- يقدم الإمام من يرى منهما . والرابع- ينصب الإمام من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

فصل : ومن شرع فى حفر معدن ولم يبلغ النيل فهو أحق به ، كالشارع فى الإحياء ، ولا يملكه ، وإن بلغ النيل ، لأن الإحياء ، العمارة ، وهذا تخريب ، فلا يملك به ، ولأنه يحتاج فى كل جزء إلى عمل ، فلا يملك منه إلا ما أخذ . لكن يكون أحق به ما دام يأخذ . وإن حفر إنسان من جانب آخر ، فوصل إلى النيل ، لم يكن له منعه ، لأنه لم يملكه .

فصل : ويجوز الارتفاق بالقعود فى الرحاب والشوارع والطرق الواسعة ، للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الأمصار عليه من غير إنكار ، ولأنه إرتفاق بمباح من غير إضرار فلم يمنع منه ، كالاجتياز . ومن سبق إليه ، كان أحق به ، لقوله ﷺ : **« منى مناخ من سبق »**[1] وله أن يظلل عليه بما لا يضر بالمارة ، لأن الحاجة تدعو إليه

(١) **حسن.** رواه أبو داود [٢٠١٩]، والترمذى [٨٨١]، وابن ماجه [٣٠٠٦]، وأحمد (١٨٧/٦)، =

من غير ضرر بغيره ، وليس له أن يبني دكة ولاغيرها ، لأنها تضيق ، ويعثر بها العابر وإن قام وترك متاعه ، لم يجز لغيره أن يقعد ، لأن يده لم تزل . وإن أطال القعود ، ففيه وجهان ، سبق توجيههما . وإن سبق إليه اثنان ، ففيه وجهان: أحدهما- يقرع بينهما لتساويهما . والثاني- يقدم الإمام أحدهما لأن له نظراً واجتهاداً .

فصل: في القطائع، وهي ضربان : إقطاع إرفاق ، وهي مقاعد الأسواق والرحاب، فللإمام إقطاعها لمن يجلس فيها ، فيصير كالسابق إليها ، إلا أنه أحق بها، وإن نقل متاعه، لأن للإمام النظر والاجتهاد، فإذا أقطعه ، ثبتت يده عليه بالإقطاع، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه .

الضرب الثاني- موات الأرض، فللإمام إقطاعها لمن يحييها، لما روى وائل بن حجر ﷺ أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل معاوية: أن أعطه إياها، أو أعملها إياه»[١] حديث صحيح. وأقطع بلال بن الحارث المزني[٢]، وأبيض بن حمال المأربي[٣]، وأقطع الزبير حضْر فرسه[٤]. رواه أبو داود. وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان

= وابن خزيمة [٢٨٩١]، والحاكم (٤٦٧/١)، والبيهقي (١٣٩/٥) من طريق إبراهيم بن مهاجر، عن يوسف بن ماهك، عن أمه مسيكة، عن عائشة ﷺ . وإسناده حسن، فيه إبراهيم بن مهاجر وهو صدوق لين الحفظ، ومسيكة تابعية لا يعرف حالها، كما في «التقريب»، والحديث حسنه الترمذي، وابن القيم في «تهذيب السنن» (٤٣٨/٢).

(١) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٠٥٨]، والترمذي [١٣٨١]، وأحمد (٣٩٩/٦)، وابن حبان [٧٢٠٥] من طريق سماك بن حرب، عن علقمة بن وائل، عن أبيه. وإسناده صحيح على شرط مسلم. وقد اختلف العلماء في سماع علقمة من أبيه، والظاهر أنه سمع من أبيه فقد روى مسلم في صحيحه تسعة أحاديث من هذا الطريق صرح في بعضها بالتحديث عن أبيه، والحديث صححه الترمذي فقال: حديث حسن صحيح.

(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله بعد ثلاثة أحاديث.

(٣) سبق تخريجه (٣٠٢/٢).

(٤) **إسناده ضعيف**. رواه أبو داود [٣٠٧٢]، وأحمد (١٥٦/٢)، والبيهقي (١٤٤/٦) من طريق عبد الله بن عمر العمري، عن نافع، عن ابن عمر ﷺ، وإسناده ضعيف؛ فيه عبد الله العمري وهوضعيف كما في «التقريب»، وإقطاع النبي ﷺ الزبير أرضاً ثابت من حديث أسماء ﷺ قالت: كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ على رأسي ـ الحديث رواه البخاري [٣١٥١]، ومسلم [٢١٨٢]، وأحمد (٣٤٧/٦)، وحضر فرسه يعني العدو. (النهاية).

أصحاب رسول الله ﷺ رضي الله عنهم[1] ومن أقطعه الإمام شيئاً ، لم يملكه ، لكن يصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه. ولا يقطع من ذلك إلا ما قدر على إحيائه، لأن إقطاعه أكثر منه إدخال ضرر على المسلمين بلا فائدة، وقد روى أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق، فلما كان زمن عمر رضي الله عنه قال له: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجره على الناس، فخذ ما قدرت على عمارته ودع باقيه[2]. رواه أبو عبيد في «الأموال» .

فصل : وليس للإمام إقطاع المعادن الظاهرة ، لما ذكرنا في إحيائها . قال أصحابنا : وكذلك المعادن الباطنة ، لأنها في معناها ، ويحتمل جواز إقطاعها ، لما روى أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية ، جلْسيَّها وغورْيها[3]، رواه

---

(١) **إسناده ضعيف.** رواه البيهقي (١٤٦/٦)، وابن سعد في «الطبقات» (١١٣/٢) مَن طريق هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول الله ﷺ أقطع الزبير، وأن أبا بكر أقطع، وأن عمر أقطع الناس العقيق وإسناده مرسل. وأما إقطاع عثمان رضي الله عنه للصحابة فقد رواه أبو عبيد في «الأموال» [٦٩١]، وابن زنجويه في «الأموال» [١٠٢٩] من طريق إبراهيم بن المهاجر عن موسى بن طلحة قال: أقطع عثمان سعد بن مالك، وابن مسعود، وخباباً، والزبير، وأسامة بن زيد.

(٢) **حسن.** رواه أبو عبيد في «الأموال» [٦٧٩، ٧١٣]، وابن زنجويه في «الأموال» [١٠١٢، ١٠٦٩] من طريق نعيم بن حماد، عن الدراوردى، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن الحارث عن بلال بن الحارث رضي الله عنه به. وإسناده حسن. وفيه نعيم بن حماد شيخ البخارى وهو صدوق يخطىء كثيراً، روى عنه البخارى مقروناً بغيره والدراوردى وهو صدوق، والحارث بن بلال وهو مقبول كما في «التقريب»، ونعيم بن حماد تابعه يوسف بن سليمان، رواه ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٣٧/٣)، والحارث بن بلال تابعه أخوه يحيى بن بلال، رواه الحاكم (٥١٧/٣)، والطبراني في «الكبير» [١١٤١]، والحديث رواه ابن خزيمة [٢٣٢٣]، والحاكم (١٠٤/١)، والبيهقي (١٥٢/٤) بزيادة في أوله بلفظ: أن رسول الله ﷺ أخذ من المعادن القبلية الصدقة، وهذه الزيادة منكرة كما قال الشافعي في «الأم» (٤٣/٢)، والذهبي في «المهذب» (٩٥/٤) وقد سبق تخريج هذه الزيادة (٣٨٣/١)، والحديث له شواهد، منها حديث عمرو بن عوف وهو الحديث الآتي بعد هذا. ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه أبو داود [٣٠٦٢]، والبيهقي (١٤٥/٦) ورجاله ثقات سوى أبي أويس وهو صدوق يهم كما في «التقريب».

(٣) **حسن.** رواه أبو داود [٣٠٦٢]، وأحمد (٣٠٦/١)، والبيهقي (١٤٥/٦) من طريق أبي أويس عبد الله بن عبد الله بن أويس، عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده به، وفيه أبو أويس وهو صدوق يهم، وكثير بن عبد الله حسن حديثه البخارى، وتبعه الترمذى، كما في «تهذيب الكمال» (١٣٩/٢٤) وقال في التقريب: ضعيف، وأبو أويس تابعه إسحق بن إبراهيم الحنينى، أخرجه أبو داود [٣٠٦٣]، وإسحاق ضعيف كما في «التقريب» والحديث له شواهد منها الحديث السابق، لذا فهو حسن بمجموع طرقه وشواهده.

أبو داود، ولأنـه يفتقر في الانتفاع بها إلى المـؤن ، فجـاز ، إقطاعه ، كالموات .

فصل في الحمى : لا يجوز لأحد أن يحمي لنفسه مواتاً يمنع الناس الرعي فيه، لما روى الصعب بن جثامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « **لا حمى إلا لله ولرسوله** »[(١)] رواه أبو داود. وقـال: « **الناس شـركـاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار**»[(٢)] وللإمام أن يحمي مكاناً لترعى فيه خيل المجـاهدين، ونعم الجـزية، وإبل الصدقة، وضوال الناس التي يقوم بحفظها، لأن النبي ﷺ حمى النقيع، لخيل المسلمين[(٣)]، ولأن عمر وعثمان رضي الله عنهما حميا[(٤)]، واشتهر في الصحابة، فلم ينكر، فكان إجماعاً. وقال عمر رضي الله عنه : والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله، ما حميت من الأرض شبراً في شبر[(٥)] . رواه أبو عبيد . وليس له أن يحمي قدراً يضيق به على

---

(١) رواه البخاري [٢٣٧٠]، وأبو داود [٣٠٨٣]، والنسائي في «الكبرى» [٥٧٧٥]، وأحمد (٣٨/٤).

(٢) سبق تخريجه (٣٠٢/٢).

(٣) **حسن**. رواه أحمد (٩١/٢، ١٥٥)، وأبو عبيد في «الأموال» [٧٤٠]، وابن زنجويه في «الأموال» [١١٠٥]، والبيهقي (١٤٦/٦) من طريق عبد الله العمري، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وإسناده ضعيف؛ فيه عبد الله العمري وهو ضعيف. وتابعه عاصم بن عمر عن عبد الله بن دينار به، رواه ابن حبان [٤٦٨٣]، وعاصم ضعيف أيضاً كما في «التقريب»، ويشهد له ما رواه البخاري [٢٣٧٠]، وأبو داود [٣٠٨٣]، والبيهقي (١٤٦/٦) بلاغاً عن الزهري قال: بلغنا أن رسول الله ﷺ حمى النقيع، وقد ذكروه جميعاً عقب حديث: «**لا حمى إلا لله ورسوله**».

(٤) **صحيح**. أما أثر عمر رضي الله عنه فقد رواه البخاري [٢٣٧٠]، والبيهقي (١٤٦/٦) من طريق الزهري قال: بلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع، وأن عمر حمى الشرف والربذة، ووصله ابن أبي شيبة (٣٠٤/٧) عن يحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما به. وإسناده صحيح كما قال الحافظ في «الفتح» (٤٥/٥).
وأما أثر عثمان فقد رواه ابن أبي شيبة (٢١٥/١٥)، وابن حبان [٦٩١٩]، والبزار [البحر الزخار - ٣٨٩]، من طريق أبي نضرة، عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال: بلغ عثمان أن وفد أهل مصر قد أقبلوا - الحديث وفيه: وأما الحمى فإن عمر حمى الحمى لإبل الصدقة، فلما وليت فعلت الذى فعل - الحديث. وصحح إسناده الحافظ في «مختصر زوائد البزار» [١٦٣٠].

(٥) رواه البخاري [٣٠٥٩]، ومالك في «الموطأ» (ص: ٦١٩)، والبيهقي (١٤٦/٦) بلفظ: والذى نفسي بيده لولا المال الذى أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من بلادهم شبراً، ورواه أبو عبيد في «الأموال» [٧٤٢] بلفظ المصنف.

الناس ، لأنه إنما جاز للمصلحة ، فلا يجوز ذلك بضرر أكثر منها . وما حماه النبى ﷺ فليس لأحد نقضه ، ولا يملك بالإحياء ، لأن ما حماه النبى ﷺ نص ، فلا ينقض بالاجتهاد . وما حماه غيره من الأئمة ، جاز لغيره من الأئمة تغييره فى أحد الوجهين . وفى الآخر– ليس له ذلك ، لئلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد ، والأول أولى، لأن الاجتهاد فى حماها فى تلك المدة دون غيرها ، ولهذا ملك الحامى لها تغييرها . وإن أحياه إنسان ، ملكه ، لأن حمى الأئمة اجتهاد ، وملك الأرض بإحيائها نص ، فيقدم على الاجتهاد .

بَابُ
أحكام المياه

وهى ضربان: مباح، وغيره، فغير المباح ما ينبع فى أرض مملوكة ، فصاحبه أحق به، لأنه يملكه فى رواية، وفى الأخرى لا يملكه إلا أنه ليس لغيره دخول أرضه بغير إذنه، وما فضل عن حاجته، لزمه بذله لسقى ماشية غيره، لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: **«من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ، منعه الله فضل رحمته»**[(١)] ولا يلزمه الحبل والدلو، لأنه يتلف بالاستعمال فيتضرر به، فأشبه بقية ماله، وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره، فيه روايتان: إحداهما– لا يلزمه، لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه . والثانية– يلزمه، لما روى إياس بن عبد أن النبى ﷺ نهى عن بيع فضل الماء[(٢)] رواه أبو داود والترمذى. وإن لم يفضل عنه شئ، لم يلزمه بذله ، لأن الوعيد

---

(١) **صحيح**. رواه الشافعى فى «الأم» (٣٩/٤) عن مالك، عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة ﷺ به، وإسناده صحيح على شرط الشيخين، ويشهد لهذا المعنى ما رواه أبو هريرة ﷺ مرفوعاً بلفظ: «**ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم**» وذكر منهم: «**ورجل منع فضل مائه، فيقول الله: اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ما لم تعمل يداك**». رواه البخارى [٢٣٦٩]، وابن حبان [٤٩٩٨].

(٢) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٤٧٨]، والترمذى [١٢٧١]، والنسائى (٢٧٠/٧)، وابن ماجه [٢٤٧٦]، =

على منع الفضل يدل على جواز منع غيره ، ولأن ما يحتاج إليه يستضر ببذله ، فلم يجب بذله كحبله ودلوه .

الضرب الثاني : الماء النابع في الموات ، فمن سبق إلى شئ منه ، فهو أحق به لقول النبي ﷺ : « **من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به** »(١) وإن أراد أن يسقى أرضاً وكان الماء في نهر عظيم لا يستضر أحد بسقيه ، جاز أن يسقى كيف شاء ، لأنه لا ضرر فيه على أحد . وإن كان نهراً صغيراً ، أو من مياه الأمطار ، بدئ بمن في أول النهر، فيسقى، ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب، ثم يرسل إلى الذى يليه، كذلك إلى الآخر، لما روى عبد الله بن أبى بكر بن عمرو بن حزم: أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينيب(٢) : « **يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل** »(٣) أخرجه مالك في الموطأ. وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال النبي ﷺ : « **اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك** ». فغضب الأنصارى فقال: إن كان ابن عمتك! فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: « **يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر** »(٤) متفق عليه. وشراج الحرة: مسايل الماء، جمع شرج وهو النهر الصغير. ولأن السابق إلى أول النهر كالسابق إلى أول المشرعة. وإن كانت أرض الأول بعضها

= وأحمد (٣/٤١٧)، وابن حبان [٤٩٥٢]، والحاكم (٢/٤٤)، والبيهقى (٦/١٥)، وصححه الترمذى وابن حبان، والحاكم - ووافقه الذهبى -، ورواه مسلم [١٥٦٥] من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه .

(١) سبق تخريجه (١/٣٣٠).

(٢) واديان معروفان بالمدينة. (فتح البارى - ٥/٤٠).

(٣) **حسن**. رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٤٦٣) عن عبد الله بن أبى بكر بلاغاً، ووصله أبو داود [٣٦٣٩]، وابن ماجه [٢٤٨٢] من طريق المغيرة بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده به. وإسناده حسن؛ المغيرة وأبوه كلاهما صدوق له أوهام، كما في «التقريب»، والحديث حسنه الحافظ في «الفتح» (٥/٤٠).

(٤) رواه البخارى [٢٣٦٠]، ومسلم [٢٣٥٧]، وأبو داود [٣٦٣٧]، والترمذى [١٣٦٣]، والنسائى (٨/٢١٥)، وابن ماجه [١٥]، وأحمد (٤/٤-٥).

أنزل من بعض ، سقى كل واحدة على حدتها . فإن أراد إنسان إحياء أرض على النهر ، بحيث إذا سقاها يستضر أهل الأرض الشاربة منه ، منع منه ، لأن من ملك أرضاً كانت له حقوقها ومرافقها ، واستحقاق السقى من هذا النهر من حقوقها ، فلا يملك غيره إبطاله .

فصل : فإن اشترك جماعة فى استنباط عين ، اشتركوا فى مائها ، وكان بينهم على ما اتفقوا عليه عند استخراجها ، فإن اتفقوا على سقى أرضهم منها بالمهايأة جاز. وإن أرادوا قسمته بنصب حجر ، أو خشبة مستوية فى مصدم الماء ، فيها ثقبان على قدر حق كل واحد منهما ، جاز ، وتخرج حصة كل واحد منهما فى ساقية منفردة. وإن أراد أحدهما أن يسقى بنصيبه أرضاً لا حق لها فى الشرب منه ، فله ذلك، لأن الماء لا حق لغيره فيه ، فكان له التصرف فيه كيف شاء ، كما لو انفرد بالعين. وفيه وجه آخر – أنه لا يجوز ، لأنه يجعل لهذه الأرض رسماً فى الشرب منه، فمنع منه، كما لو كان له داران متلاصقتان فى دربين أراد فتح أحدهما إلى الأخرى، وليس لأحدهما فتح ساقية فى جانب النهر قبل المقسم ، يأخذ حقه فيها ، ولا أن ينصب على حافتى النهر رحى تدور بالماء ، ولا غير ذلك ، لأن حريم النهر مشترك ، فلم يملك التصرف فيه بغير إذن شريكه .

فصل : ومن سبق إلى مباح كالسنبل الذى ينتثر من الحصادين ، وثمر الشجر المباح ، والبلح ، وما ينبذه الناس رغبة عنه ، فهو أحق به ، للخبر . فإن استبق إليه اثنان ، قسم بينهما لأنهما اشتركا فى السبب ؛ فاشتركا فى المملوك بـه ، كما لو ابتاعاه .



كِتَابُ
الوَقف

ومعناه : تحبيس الأصل ، وتسبيل الثمرة . وهو مستحب ، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : «**إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث : علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له ، أو صدقة جارية**»[١] رواه مسلم . ويجوز وقف الأرض ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن عمر أتى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله إنى أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندى منه ، فما تأمرنى فيها ؟ قال: «**إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، غير أن لا يباع أصلها ، ولا تبتاع ، ولا توهب ، ولا تورث**» ، فتصدق بها عمر فى الفقراء ، وذى القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضيف ، لاجناح على من وليها أن يأكل منها ، أو يطعم صديقاً بالمعروف ، غير متأثل[٢] منه أو غير متمول فيه[٣] . متفق عليه . ووقف السلاح والحيوان جائز ، لقول النبى ﷺ «**أما خالد فإنه قد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله**» ، متفق عليه . وفى رواية : «وأعتده»[٤] ويصح وقف كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها دائماً ، قياساً على المنصوص عليه . ويصح وقف المشاع ، لأن فى حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر، فأمره النبى ﷺ بوقفها[٥]

---

(١) رواه مسلم [١٦٣١]، وأبو داود [٢٨٨٠]، والترمذى [١٣٧٦]، والنسائى (٢١٠/٦)، وأحمد (٣٧٢/٢)، من حديث أبى هريرة رضي الله عنه .

(٢) أى متَّخذ. (مشارق الأنوار).

(٣) رواه البَخارى [٢٧٦٤، ٢٧٧٢]، ومسلم [١٦٣٢]، وأبو داود [٢٨٧٨]، والترمذى [١٣٧٥]، والنسائى (١٩٢/٦)، وابن ماجه [٢٣٩٦]، وأحمد (١٢/٢).

(٤) رواه البخارى [١٤٦٨]، ومسلم [٩٨٣]، وأبو داود [١٦٢٣]، والنسائى (٢٣/٥)، وأحمد (٣٢٢/٢) من حديث أبى هريرة رضي الله عنه .

(٥) **صحيح**. رواه النسائى (١٩٣/٦)، وابن ماجه [٢٣٩٧]، والشافعى (بدائع المنن – ٢١٩/٢)، والدارقطنى (١٩٣/٤) والبيهقى (١٦٢/٦) من طريق ابن عيينة، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال عمر للنبى ﷺ إن المائة سهم التي لى بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إلى منها، قد أردت أن أتصدق بها. قال النبى ﷺ «احبس أصلها، وسبل ثمرتها» وإسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين.

وهذا صفة المشاع ، ولأن القصد تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى المشاع ، كحصوله في المفرز[١] . ويصح وقف علو الدار ، دون سفلها ، وسفلها دون علوها ، لأنهما عينان يجوز وقفهما ، فجاز وقف أحدهما كالدارين .

فصل : ولا يصح وقف ما لا ينتفع به مع بقاء عينه ، كالأثمان ، والمأكول والمشروب ، والشمع ، لأنه لا يحصل تسبيل ثمرته مع بقائه ، ولا ما يسرع إليه الفساد ، كالرياحين ، لأنها لا تتباقى ، ولا ما لا يجوز بيعه كالكلب ، والخنزير ، ولا المرهون والحمل المنفرد ، ولا أم الولد ، لأن الوقف تمليك ، فلا يجوز فى هذه ، كالبيع . ولا يجوز فى غير معين ، كأحد هذين العبدين ، وفرس وعبد ، لأنه نقل ملك على وجه القربة ، فلم يصح فى غير معين ، كالهبة .

فصل : ولا يصح الوقف إلا على بر ، كالمساجد ، والقناطر ، والفقراء ، والأقارب ، وآدمى معين ، مسلماً كان ، أو ذمياً ، لأنه فى موضع القربة ، ولهذا جازت الصدقة عليه ، ولا يصح على غير ذلك ، كالبيع ، وكتب التوراة ، والإنجيل ، لأن هذا إعانة على المعصية ، ولأن هذه الكتب منسوخة قد بدل بعضها ، وقد غضب النبى ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه منها[٢] ، ولا على قطاع الطريق ، لأنه إعانة على المعصية . والقصد بالوقف القربة ، ولا على من لا يملك ، كالميت ، والملك ، والجنى ، لأن الوقف تمليك فى الحياة ، ولا على عبد أو أم ولد ، لأنه لا يملك فى رواية ، وفى الأخرى- ملكه غير لازم ، والوقف لا يجوز أن يكون متزلزلاً ، ولا على حربى أو مرتد ، لأن ملكهما تجوز إزالته ، والوقف يجب أن يكون لازماً . ولا على غير معين ، كرجل وامرأة ، لأن تمليك غير المعين لا يصح . فإن قيل : فكيف جاز الوقف على المساجد ؟ وهى لا تملك ، قلنا : الوقف إنما هو

---

(١) من أفرز الشيء عن الشيء، أى فصله عنه ونَحّاه. (المصباح ، اللسان).

(٢) **حسن.** رواه أحمد (٣/٣٨٧)، والدارمى [٤٤١]، والبزار [كشف الأستار- ١٢٤] من حديث مجالد ابن سعيد، عن الشعبى، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، وفيه أن النبى ﷺ قال له: «أمتهوكون فيها يا ابن الخطاب، والذى نفسى بيده لقد جئتكم بها بيضاء نقية»- الحديث. وفيه مجالد بن سعيد وهو لين الحديث كما فى «الفتح» (١٣/٥٢٥)، وقال فى «التقريب»: ليس بالقوى وقد تغير فى آخر عمره. اهـ، ورواه البزار من طريق عبد الواحد بن غياث، عن حماد بن زيد، عن خالد، عن الشعبى، عن جابر به، وإسناده حسن؛ رجاله ثقات سوى عبد الواحد بن غياث فهو صدوق، كما فى «التقريب».

على المسلمين ، لكن عين نفعاً خاصاً لهم .

فصل : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل ، لأنه عقد يبطل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل ، كالبيع ، إلا أن يقول : هو وقف بعد موتى ، فيصح، ويكون وصية يعتبر خروجه من الثلث ، لأنه تبرع مشروط بالموت فكان وصية، كما لو قال : إذا مت ، فهذا صدقة للمساكين . وجعل القاضى وأبو الخطاب تعليق الوقف على الموت كتعليقه على شرط فى الحياة ، فلا يصح فى الموضعين إلا على قول الخرقى . والأولى التفريق بينهما ، لأن تعليقه بالموت وصية، فجاز، كما لو قال : إذا مت ، فدارى لفلان ، أو أبرأته من دينى عليه ، ولا يلزم من جواز ذلك صحة تعليق الهبة والإبراء ، على شرط فى الحياة ، كذا هاهنا . ولا يجوز الوقف إلى مدة ، لأنه إخراج مال على سبيل القربة ، فلم يجز إلى مدة ، كالصدقة. فإن شرط فيه الخيار ، أو شرط فيه الرجوع إذا شاء ، أو يبيعه إذا احتاج ، أو لم يدخل فيه من شاء ، لم يصح ، لأنه إخراج ملك على سبيل القربة ، فلم يصح مع هذه الشروط ، كالصدقة .

فصل : وإن شرط أن يأكل منه أيام حياته ، أو مدة يعينها ، فله شرطه . نص عليه أحمد رحمه الله واحتج بما روى حجر المدرى رضي الله عنه أن فى صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله بالمعروف، غير المنكر[1] ، ولأن عمر رضي الله عنه قال فى وقفه : لا جناح على من وليها ، أن يأكل منها ، أو يطعم صديقاً. وكان الوقف فى يده إلى أن مات، ولأنه لو وقف وقفاً عاماً ، كالسقاية ، والمسجد ، لكان له أن ينتفع منه . كذلك إذا خصه بانتفاعه .

فصل : وإن وقف على نفسه ففيه روايتان: إحداهما- لا يصح ، لأن الوقف تمليك ، فلم يصح أن يملك نفسه ، كالبيع. والثانية- يصح، لأنه لما جاز أن يشترط لنفسه منه شيئاً ، جاز أن يختص به أيام حياته كالوصية .

---

(١) **إسناده ضعيف.** رواه ابن أبي شيبة (٦/٢٥٣) (١٤/١٦٧)، عن ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال: ألم تر أن حجر المدرى أخبرنى - فذكره. ورجاله ثقات لكنه مرسل فإن حجر هو ابن قيس الهمدانى المَدَرِىُّ ثقة من الثالثة كما فى «التقريب».

فصل : ولا يكون الوقف ، إلا على سبيل غير منقطع ، كالفقراء ، والمساكين وطلبة العلم ، والمساجد ، أو على رجل بعينه ، ثم على مالا ينقطع . فإن وقفه على رجل بعينه وسكت ، صح وكان مؤبداً ، لأن مقتضاه التأبيد ، فحمل فيما سماه على ما شرطه ، وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كأنه وقف مؤبداً، وقدم المسمى على غيره، فإذا انقرض المسمى ، صرف إلى أقارب الواقف ، لأنهم أحق الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ : **« صدقتك على غير رحمك صدقة ، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة »**[1]، وعنه : أنه يرجع إلى المساكين ، لأنهم مصارف الصدقات المفروضات ، كالزكوات والكفارات، والأول- ظاهر المذهب، وظاهر كلام أحمد والخرقي : أنه يرجع إلى الأغنياء ، والفقراء من أقاربه ، لأن الوقف يستوى فيه الغنى والفقير ، ويحتمل أن يختص الفقراء ، لأنهم مصرف الصدقات. ويرجع إلى جميع الورثة فى إحدى الروايتين ، لأنه يصرف إليهم ماله عند موته. والثانية يرجع إلى أقرب عصبة الواقف ، لأنه مصرف ولاء معتقيه ، وعليهم عقله ، فخصوا بهذا ، ويكون وقفاً على من رجع إليه ، لأنه إنما صرف إليهم بوقف مالكه له ، والوقف يقتضى التأبيد ، فإذا انقرضوا رجع إلى المساكين . وإن لم يكن له أقارب ، رجع إلى المساكين لتعيينهم، ولو جعل الانتهاء مما لا يجوز الوقف عليه، فقال : وقفت على أولادى ، ثم على البِيَع ، فحكمه حكم ما لم يسم له انتهاء ، لأن ذكر ما لا يجوز كعدمه . وإن قال : وقفت دارى ولم يذكر سبيلها ، صح فى قياس المذهب ، لأنه إزالة ملك على سبيل القربة ، فصح مطلقاً، كالعتق، وحكمه حكم منقطع الانتهاء .

فصل : فإن قال : وقفت على هذا العبد ولم يذكر له مآلاً ، فهو باطل ، لأنه منقطع الابتداء والانتهاء . وإن جعل له مآلاً يجوز الوقف عليه فقال : ثم على المساكين ، صح ، لأنه جمع فيه بين ما يجوز وما لا يجوز ، فصح ، كما لو وقفه على أولاده ، ثم على البيع . ويحتمل أن تخرج صحته على الروايتين فى تفريق

(١) سبق تخريجه (١/٤١٤).

الصفقة . فإن قلنا بصحته وكان من لا يصح الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه ، كالميت ، والمجهول ، صرف في الحال إلى من يجوز ، لأن ذكر من لايجوز كعدمه . وإن أمكن اعتبار انقراضه كعبد معين ، احتمل ذلك أيضا لذلك واحتمل أن يصرف إلى أقارب الواقف إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه ، ثم يصرف إلى من يجوز، لأن وقفه على من يجوز مشروط بانقراض من لا يجوز فكان الوقف قبل ذلك لا مصرف له ، فصرف إلى الأقارب كمنقطع الانتهاء .

فصل : ويصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبنى مسجداً ، أو يأذن للناس فى الصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن لهم فى الدفن فيها ، أو سقاية ويشرع بابها، ويأذن فى دخولها ، لأن العرف جارٍ به . وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يثبت به، كالقول ، وجرى مجرى من قدم طعاماً لضيفانه ، أو نثر نثاراً ، أو صب فى خوابى السبيل ماء . وأما القول ، فألفاظه ستة ، ثلاثة صريحة ، وهى : وقفت ، وحبست، وسبلت ، متى أتى بواحدة منها ، صار وقفاً ، لأنه ثبت لها عرف الاستعمال، وعرف الشرع بقول النبى ﷺ لعمر رضي الله عنه : **« إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها »**[1] فصارت كلفظ الطلاق فيه .

وثلاثة كناية ، وهى : تصدقت ، وحرّمت ، وأبدت ، فليست صريحة ، لأنها مشتركة بين الوقف وغيره من الصدقات والتحريمات ، فإن نوى بها الوقف ، أو قرن بها لفظاً من الألفاظ الخمسة ، أو حكم الوقف ، بأن يقول : صدقة محبسة ، أو محرمة ، أو مؤبدة ، أو صدقة لا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث ، صار وقفاً ، لأنه لا يحتمل مع هذه القرائن ، إلا الوقف .

فصل : ولا يجوز التصرف فى الوقف بما ينقل الملك فى الرقبة ، لقول النبى ﷺ فى حديث عمر: **« لا يباع أصلها ، ولا يوهب ، ولا يورث »**، ولأن مقتضى الوقف التأبيد ، وتحبيس الأصل ، بدليل أن ذلك من بعض ألفاظه ، والتصرف فى رقبته ينافى ذلك .

---

(١) سبق تخريجه (٢/٣١٢).

فصل : والوقف يزيل ملك الواقف ، لأنه يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة ، فأزال ملكه عن الرقبة ، كالعتق ، ويزيل الملك بمجرد لفظه ، لأن الوقف يحصل به . وعنه : لا يحصل إلا بإخراجه عن يده . قال أحمد : الوقف المعروف ، أن يخرجه من يده ، ويوكل من يقوم به ، لأنه تبرع ، فلم يلزم بمجرده ، كالهبة ، والوصية ، والأول المشهور ، لحديث عمر رضي الله عنه ، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث ، فلزم بمجرده كالعتق ، ولا يفتقر إلى قبول ، ويحتمل أنه متى كان على آدمي معين ، افتقر إلى القبول ، لأنه تبرع إلى آدمي معين ، أشبه الهبة ، فإن لم يقبل، أو رده، بطل في حقه ، ولم يبطل في حق من بعده ، وصار كالوقف على من لا يصح، ثم على من يصح . وعلى الظاهر من المذهب أنه لا يفتقر إلى القبول، ولا يبطل برده ، لأنه إزالة ملك على وجه القربة ، أشبه العتق والوقف على غير معين.

فصل : وينتقل الملك في الوقف إلى الموقوف عليه في ظاهر المذهب ، لأنه سبب نقل الملك ، ولم يخرجه عن المالية، ووجد إلى من يصح تمليكه ، أشبه البيع والهبة . وعنه : لا يملكه ، ويكون الملك لله تعالى ، لأنه حبس للعين ، وتسبيل للمنفعة على وجه القربة ، فأزال الملك إلى الله سبحانه كالعتق .

فصل : ويملك الموقوف عليه غلته وثمرته ، وصوفه ولبنه ، لأنه من غلته ، فهو كالثمرة ، ويملك تزويج الأمة ، لأنه عقد على نفعها ، فأشبه إجارتها ، ويملك مهرها ، لأنه بدل نفعها ، أشبه أجرتها . وإن ولدت ، فولدها وقف معها ، لأن الوقف حكم ثبت في الأم ، فسرى إلى الولد ، كالاستيلاد والكتابة . ولا يملك الموقوف عليه وطأها ، لأن ملكه فيها ضعيف ، ولا يؤمن إفضاؤه إلى إخراجها من الوقف ، فإن وطئها ، فلا حد عليه ، لأنها ملكه ، ولا مهر عليه لذلك . وإن لم تلد منه ، فهي وقف بحالها ، وإن ولدت منه ، فالولد حر ، لأنه من مالكها ، وعليه قيمته يوم الوضع ، لأنه فوت رقه ، ويشترى بها عبداً يكون وقفاً مكانه، وتصير أم ولد له ، لأنه أحبلها بحر في ملكه فإذا مات ، عتقت، ووجبت قيمتها في تركته حينئذ، لأنه أتلفها على من بعده ، ويشترى بالقيمة جارية تكون وقفاً مكانها. وإن قلنا : ليست ملكاً له ، لم تصر أم ولد بوطئه .

فصل : وإن أتلف الوقف أجنبي أو الواقف ، أو الموقوف عليه ، فعليه قيمته

يشترى بها مثله يقوم مقامه ، لأن الموقوف عليه لا يملك التصرف في رقبته ، إنما له نفعه ، وإن وطئت الجارية بشبهة ، فولدها حر ، وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه ، يشترى بها ما يقوم مقامه . وإن جنى الوقف، تعلقت جنايته بالموقوف عليه ، لأنه يملكه ولم تتعلق بالوقف ، لأن رقبته ليست محلاً للبيع فتعلقت بمالكه كأم الولد .

فصل : وتصرف الغلة على ما شرط الواقف من التسوية ، والتفضيل ، والتقديم والتأخير ، والجمع ، والترتيب ، وإدخال من أدخله بصفة ، وإخراج من أخرجه بصفة، لأنه ثبت بوقفه ، فوجب أن يتبع فيه شرطه ، لأن عمر رضي الله عنه وقف أرضه على الفقراء ، وذى القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضيف ، وجعل لمن وليها أن يأكل منها ، أو يطعم صديقاً . ووقف الزبير على ولده ، وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضراً بها ، فإذا استغنت بزوج فلا حق لها فيه [(١)] .

فصل : فإذا قال : وقفت على أولادى ، دخل فيه الذكر منهم والأنثى والخنثى لأن الجميع أولاد . وهل يدخل فيه ولد الولد ؟ فيه روايتان: إحداهما- يدخلون، لأنهم دخلوا في قول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ [النساء: ١١]، وفى قوله: ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ [النساء: ١٧٦] فعلى هذه الرواية يدخل ولد البنين دون ولد البنات ، لأن ولد البنين هم الذين دخلوا في النص دون ولد البنات.

وقال الشاعر[(٢)] :

بَنُونَا بنو أبنائنا وبناتُنَا ∴ بَنُوهُن أبناءُ الرجالِ الأجانب[(٣)]

---

(١) **صحيح.** رواه البخارى تعليقاً بصيغة الجزم فى كتاب الوصايا باب إذا وقف أرضاً أو بئراً أو اشترط لنفسه مثل ولاء المسلمين، ووصله الدارمى [٣٣٠٣] عن عبد الله بن سعيد بن أبى أسامة عن هشام عن أبيه أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا تورث، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة، ولا مضار بها، فإن هى استغنت بزوج فلا حق لها. وإسناده عن أبيه - فذكره مختصراً، ولرجاله ثقات، ورواه البيهقى (١٦٦/٦) من طريق أبى يوسف عن هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة - فذكره.

(٢) قيل: هو الفرزدق، وقيل لا يُعلم قائل هذا البيت. (منحة الجليل بتحقيق شرح ابن عقيل - ٢٣٣/١).

(٣) هذا البيت من الشواهد الشعرية المشهورة فى كتب النحاة وغيرهم، والمحفوظ: «الأباعد»، بدل: «الأجانب». كما فى «خزانة الأدب» (٤٤٤/١)، و«شرح ابن عقيل» (٢٣٣/١)، وغيرهما من كتب اللغة والنحو.

والثانية- لا يدخل ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولد صلبه والكلام بحقيقته إلا أن يقـرن به مـا يدل على إدخـالهـم ، كـقـوله : وقـفـت على أولادى ، لولد الذكـور الثلثـان ، وولد الإناث الثلث ، ونحوه . فإن قـال : وقـفـت على أولادى فإذا انقرض أولاد أولادى ، فـهــو على المسـاكين ، دخل أولاد الأولاد فى الوقف ، لأن قـرينة اشتراط انقراضهم دليل على أنهم أريدوا به . وقيل : لا يدخلون أيضاً ، لأن اللفظ لا يتناولهم ، بل يكون وقفـاً منقطع الوسط ، يصـرف بعـد إنقـراض أولاده إلى مـصـرف الوقف المنقطع ، فإذا انقرض أولاد أولاده ، صـرف إلى المسـاكين . وإن وصل لفظه بما يقـتـضى تخـصـيص أولاده ، فـقـال : وقـفـت على ولدى لصلبى ، أو قـال : على أولادى ثـم على أولادهم ، اختص بالولد وجـهـاً واحـداً ، ومـتـى كـان الوقف على الأولاد مطلقاً سوى فيه بين الذكر والأنثى والخنثى ، لاقتضاء لفظه التسوية ، كقوله تعالى فى ولد الأم : ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]. وإن كان فى لفظه تفـضـيل بعـضـهـم ، فـهـو كـذلك ، وإن كـان له حـمـل ، لم يدخل فى الوقف حتى ينفصل ، ثـم يستحق ما يحدث من الغلة بعد انفصاله ، دون ما كان موجوداً قبله ، كالثمرة المؤبرة ، والزرع المدرك ، لأنه لا يسمى ولداً قـبل الانفصال . وإن نفى ولده بلعان ، خرج من الوقف ، بخروجه عن كونه ولداً له .

فـصـل : وإن وقف على بنيـه ، لم يدخل فـيـه بنت ، ولا خنثى ، لأنه لا يعلم كونه ابناً . وإن وقف على بناته ، لم يدخل فيه ذكر ، ولا خنثى، لأنه لا يعلم كونه أنثي. وإن وقف على ولد فلان أو بنيه أو بناته ، فـهـو كـوقـفـه على ولد نفـسـه وبنيـه وبناته، إلا أن يقف على بنى فلان ، وهم قـبيلة كـبنى هاشم ، فـيـدخل فـيـه الذكـر والأنثى والخنثى من ولد البنين دون ولد البنات ، لأن هذا الاسم يقع على القـبـيلة ذكرهم وأنثاهم، وولد البنات لا يعدون منها .

فـصـل : وإن وقف على أولاده وأولاد أولاده ، دخل فى الوقف أولاده الذكـور والإناث والخناثى ، وأولادهـم الذكـور والإناث والخناثى من ولد البنين ، فـأمـا ولد البنات ، فقال الخرقى : لا يدخلون ، لأنهم لم يدخـلوا فى قولـه سبحـانه وتعالي:

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] ولا يدخلون فى الوقف على ولد فلان وهم قبيلة ، فلا يدخلون هاهنا ، ولأنهم إنما ينسبون إلى قبيلة آبائهم دون قبيلة أمهاتهم . وقال أبو بكر وابن حامد : يدخلون فى الوقف ، لأنهم أولاد أولاده . وإن قال: أولاد أولادى المنتسبين إلى ، لم يدخلوا وجهاً واحداً . وإن قال: لولد الذكر سهمان ، ولولد الأنثى سهم ، دخلوا فيه ، لأنه صرح بدخولهم . ولو وقف على قوم بأعيانهم ، ثم على أولادهم ، وكانوا ذكوراً وإناثاً ، دخل أولاد الإناث فى الصحيح ، لأن اللفظ تناولهم ، كتناوله ولد البنين ، وإن كان جميعهم إناثاً ، دخل فيه أولادهن ، لأنه لفظه نص فيهم .

فصل : وإذا شرك بين الولد وولد الولد بالواو ، اشترك الجميع فيه ، وإن رتب فقال : على أولادى ، ثم على أولادهم ، أو قال : الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، وجب ترتيبه . وإن رتب بطنين ، ثم شرك بين الباقين ، أو شرك بين بطنين ، ثم رتب الباقين ، فهو على ما شرطه ، وكيفما شرط فالأمر عليه ، لأن الوقف يثبت بلفظه ، فوجب أن يتبع مقتضاه .

فصل : وإن وقف على قرابته ، أو قرابة فلان ، فهو لولده وولد أبيه ، وجده وجد أبيه الذكر والأنثى . ولا يعطى من بعد ذلك ، ولا قرابته من جهة أمه شيئاً ، لأن الله تعالى جعل خمس الخمس لذوى قربى النبى ﷺ ، فأعطاه النبى ﷺ قرابته إلى بنى هاشم ، لم يتجاوزهم ، ولم يعط بنى زهرة شيئاً.[1] ويحتمل أن يعطى كل من عرف من الجهتين بقرابته ، لأن الاسم واقع عليهم لغة وعرفاً . وعنه : إن كان يصل قرابته من جهة أمه فى حياته ، دخلوا فيه ، وإلا فلا ، لأن صلته لهم فى حياته تدل على إرادتهم بصلته هذه . وإن وجدت قرينة لفظية ، أو حالية تدل على إرادتهم أو حرمانهم ، عمل عليه ، وأهل بيته بمثابة قرابته . وقال الخرقى : إذا أوصى لأهل بيته ، أعطى من قبل أبيه وأمه .

(١) رواه البخارى [٤٢٢٩] . وأبو داود [٢٩٧٨] ، والنسائى (١١٨/٧) ، وابن ماجه [٢٨٨١] ، وأحمد (٨٣/٤) ، من حديث جبير بن مطعم رضي الله عنه .

فصل : وإن وقف على أقرب الناس إليه ، وله أبوان وولد ، فهم سواء ، لأن كل واحد منهم يليه في القرب من غير حاجز ، ولأنه جزء والده ، وولده جزؤه ، ويحتمل تقديم الابن لتقديمه في التعصيب . وإن عدم بعضهم ، فهو للباقين ، ويقدم كل واحد من هؤلاء على من سواهم ، لأن من سواهم يدلي بواسطة، فإن عدموا ، فهو لولد الابن ، والجد أبي الأب الأقرب منهم فالأقرب ، فإن عدموا فهو للإخوة ، لأنهم ولد الأب ، ويقدم الأخ من الأبوين ، ويسوى بين الأخ من الأب ، والأخ من الأم، وكذلك الأخوات ، فإن عدموا صرف إلى بنيهم على ترتيب آبائهم ، ويسوى بين الأخ والجد لاستوائهما في الميراث ، ولأن الجد أبو الأب ، والأخ ابن الأب ، ويحتمل تقديم الجد ، لأن له ولادة ، وهو أقوى في الميراث ، وقيل: يقدم الأخ ، لأنه ابن الأب ، فيكون أقوى من أبيه ، لقوة تعصيبه ، فإن لم يكن له إخوة ، فهو للأعمام ، ثم بنيهم على ترتيب الميراث . وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه، صرف إلى ثلاثة منهم ، فإن كان بعضهم أقرب من بعض ، استوفى ما أمكن من الأقرب ، وتمم الباقي من الأبعد ، لأنه شرط العدد والأقرب ، فوجب اعتبارهما. وإن استوى جماعة في القرب ، أعطى الجميع لتساويهم .

فصل : وإن وقف على عترته فهم عشيرته وولده ، قاله ابن قتيبة[١] ، وقال ابن الأعرابي[٢] وثعلب[٣] : هم ذريته ، والأول أولى ، لأنه يروى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال : نحن عترة النبي ﷺ[٤] . وإن وقف على مواليه ، وله موال من فوق، وموال

---

(١) هو الإمام أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، وقيل المروزيّ الإمام النحوي اللغوي، له تصانيف كثيرة، توفي سنة (٢٧٦ هـ) (الشذرات).

(٢) هو أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم، أبو سعيد البصريّ، سكن مكة، وصار شيخ الحرم، وصاحب الجنيد وغيره، وأسند الحديث، توفي سنة (٣٤١ هـ. (المنتظم).

(٣) هو العلامة المحدث إمام النحو، أبو العباس أحمد بن يحيى بن يزيد الشيباني، مولاهم البغدادي، ولد سنة (٢٠٠ هـ)، سمع من ابن الأعرابي وغيره، توفي سنة (٢٩١ هـ). (السير).

(٤) ذكره البيهقي (١٦٦/٦) فقال: ويذكر عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال يوم السقيفة فذكره. وذكره أيضاً ابن الأثير في «النهاية» (١٧٧/٣) وزاد: وبيضته التي تفقأت عنهم.

من أسفل ، فهو لجميعهم ، لأن الاسم يشملهم حقيقة . وإن وقف على زيد وعمرو والفقراء، فلهما الثلثان، وللفقراء الثلث، فمن مات منهما، رجع نصيبه إلى صاحبه، فإذا ماتا، رجع إلى الفقـراء ، لأنه جعله لهم مشروطاً بانقراضهما .

فصل : وإن وقف نخلة فيبست، أو جذوعاً فتكسرت ، جاز بيعها ، لأنه لا نفع في بقائهما، وفيه ذهاب ماليتهما ، فكانت المحافظة على ماليتهما ببيعهما أولى، ولأنه لا يجوز وقف ما لا نفع فيه ابتداء ، فلا يجوز استدامة وقفه ، لأن ما كان شرطاً لابتداء الوقف، كان شرطاً لاستدامته كالمالية . وإذا بيعت ، صرف ثمنها في مثلها، وإن حبس فرساً في سبيل الله ، فصارت بحيث لا ينتفع بها فيه بيعت ، لما ذكرنا ، وصرف ثمنها في حبيس آخر . وإن وقف مسجداً فخرب ، وكان في مكان لا ينتفع به، بيع ، وجعل في مكان ينتفع به ، لما ذكرنا . وكل وقف خرب ولم يرد شيئاً بيع، واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف . وإن وقف على ثغر فاختل صرف إلى ثغر مثله، لأنه في معناه .

فصل : وينفق على الوقف من حيث شرط الواقف ، لأنه لما اتبع شرط الواقف في سبله كذلك في النفقة عليه ، فإن لم يشرط النفقة عليه ، أنفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة عليه ، فإن لم يكن له غلة ، أنفق عليه الموقوف عليه ، لأنه ملكه .

فصل : وينظر في الوقف مَنْ شرط الواقف ، لأن عمر ﷺ جعل النظر في وقفه إلى حفصة ابنته، ثم إلى ذوي الرأي من أهله[1] ولأن سبله إلى شرطه ، فكذلك النظر فيه . وإن لم يشرط الناظر ، ففيه وجهان: أحدهما– ينظر فيه الموقوف عليه ، لأنه ملكه ، وله غلته، فكان نظره إليه كالطلق والثاني– إلى حاكم البلد ، لأنه

---

(١) **إسناده صحيح.** رواه الدارمي [٣٣٠٠] من طريق عبد الله بن مسلمة، عن عبيد الله العمري، عن نافع عن ابن عمر ﷺ به. وإسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين، ورواه الدارقطني (١٨٩/٤)، والبيهقي (١٦١/٦) من طريق عبد الله بن عون عن نافع عن ابن عمر ﷺ به. ورجاله ثقات رجال الشيخين

يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل إليه ، ففوض الأمر فيه إلى الحاكم ، فإن جعله إلى اثنين من أفاضل ولده ، جعل إليهما ، فإن لم يوجد فيهم إلا فاضل واحد ، ضم الحاكم إليه آخر ، لأن الواقف لم يرض بنظر واحد .

فصل : وإن اختلف أرباب الوقف فيه ، رجع إلى الواقف ، لأن الوقف ثبت بقوله ، فإن لم يكن ؛ تساووا فيه ، لأن الشركة ثبتت ، ولم يثبت التفضيل ، فوجبت التسوية ، كما لو شرك بينهم بلفظه.

باب
الهبة

وهي التبرع بتمليك مال في حياته ، وهي مستحبة ، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « **تهادوا تحابوا** »[1] . وهي أفضل من الوصية ، لما روى أبو هريرة قال : سئل رسول الله ﷺ : أي الصدقة أفضل ؟ قال : « **أن تتصدق وأنت صحيح شحيح ، تأمل الغنى ، وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت : لفلان كذا ولفلان كذا** »[2] رواه البخاري ومسلم بمعناه. وهبة القريب أفضل ، لقول رسول الله ﷺ : « **الرحم شجنة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعه الله** »[3] .

---

(١) **حسن.** رواه البخاري في «الأدب» [٥٩٤]، وأبو يعلى [٦١٤٨]، والبيهقي (١٦٩/٦)، وابن عساكر في «التاريخ» (٤١٣/١٧) من طريق ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وإسناده حسن، فيه ضمام بن إسماعيل وهو صدوق ربما أخطأ كما في «التقريب»، والحديث حسنه الحافظ في «البلوغ» (ص: ١٩٤)، وفي «التلخيص» (٦٩/٣).

(٢) رواه البخاري [١٤١٩]، ومسلم [١٠٣٢]، وأبو داود [٢٨٦٥]، والنسائي (١٩٨/٦)، وابن ماجه [٢٧٠٦]، وأحمد (٢٣١/٢).

(٣) **صحيح.** رواه الترمذي [١٩٢٤]، وأحمد (١٦٠/٢)، والبخاري في «الأدب المفرد» [٥٤]، والحاكم (١٥٩/٤)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، وصححه الترمذي والحاكم ووافقه الذهبي.

وفى هبة القريب صلتها . ولا يجوز تفضيل بعض ولده على بعض فى العطية ، لما روى النعمان بن بشير ﷺ قال : تصدق عليَّ أبى ببعض ماله ، فقالت أمى عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ ، فجاء أبى إلى رسول الله ﷺ لـيشهده على صدقتى ، فقال : « **أكل ولدك أعطيت مثله ؟** » قال : لا . قال: «**فاتقوا الله ، واعدلوا بين أولادكم** » قال · فرجع أبى ، فرد تلك الصدقة. وفى لفظ: «**لا تشهدنى على جور** »[1] متفق عليه. فسماه جوراً ، والجور حرام ، ولأن ذلك يوقع العداوة ، وقطيعة الرحم ، فمنع منه ، كنكاح المرأة على عمتها ، فإن فعل فعليه التسوية بأحد أمرين : إما رد عطية الأول ، أو إعطاء الآخر مثله ، لأن النبى ﷺ أمره برده ، وأمره يقتضى الوجوب . فإن مات ، ولم يسو بينهم ، ففيه روايتان: إحداهما– يثبت ذلك لمن وهب له ، ويسقط حق الرجوع ، اختاره الخرقى ، لأنه حق للأب ، يتعلق بمال الولد ، فسقط بموته ، كالأخذ من ماله . والثانية– يجب رده ، وهذا اختيار ابن بطة وصاحبه أبى حفص ، لأن النبى ﷺ سماه جوراً ، والجور يجب رده بكل حال ، والتسوية المأمور بها القسمة بينهم على قدر مواريثهم ، لأنه تعجيل لما يصل إليهم بعد الموت ، فأشبه الميراث .

فصل : فإن خص بعض ولده لغرض صحيح، من زيادة حاجة، أو عائلة، أو اشتغاله بعلم، أو لفسق الآخر وبدعته، فقد روى عن أحمد رحمه الله ما يدل على جوازه، لقوله فى تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان على سبيل الحاجة، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة. ووجه ذلك، ما روى أن أبا بكر ﷺ قال لعائشة ﷺ كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً، وودت أنك حزتيه، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك[2] . ويحتمل المنع، لأن النبى ﷺ لم يستفصل بشيراً.

---

(١) رواه البخارى [٢٥٨٧]، ومسلم [١٦٢٣] واللفظ له، وأبو داود [٣٥٤٢]، والترمذى [١٣٦٧]، والنسائى (٢١٨/٦)، وابن ماجه [٢٣٧٥]، وأحمد (٢٦٨/٤)، ولفظ: «**لا تشهدنى على جور**» رواه البخارى [٢٦٥٠]، ومسلم [١٦٢٣]، والنسائى (٢١٩/٦)، وأحمد (٢٧٦/٤).

(٢) **صحيح**. رواه مالك فى «الموطأ» (ص: ٤٦٨)، وابن أبى شيبة (٤٣/٦)، وعبد الرزاق [١٦٥٠٧]، والبيهقى (١٦٩/٦) من حديث عائشة ﷺ ، وإسناده صحيح رجاله ثقات رجال الشيخين، وصحح إسناده الحافظ فى الفتح (٢١٥/٥).

فصل : والأم كالأب في التسوية بين الأولاد ، لأنها أحد الأبوين ، فأشبهت الأب . ولا تجب التسوية بين سائر الوراث ، لأن النبى ﷺ علم أن لبشير زوجة ، فلم يأمره بإعطائها ، حين أمره بالتسوية بين الأولاد .

فصل : وما جاز بيعه من مقسوم ، أو مشاع ، أو غيره ، جازت هبته ، لأنه عقد يقصد به تمليك العين ، فأشبه البيع . وتجوز هبة الكلب ، وما يباح الانتفاع به من النجاسات، لأنه تبرع ، فجاز فى ذلك ، كالوصية . ولا تجوز فى مجهول ، ولا معجوز عن تسليمه ، ولا فى المبيع قبل قبضه ، لأنه عقد يقصد به التمليك فى الحياة ، أشبه البيع . ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لذلك . والحكم فى الإيجاب والقبول فيها ، كالحكم فى البيع على ما ذكرنا فى بابه .

فصل : ولايثبت الملك للموهوب له فى المكيل والموزون إلا بقبضه ، لحديث أبى بكر رضي الله عنه وروى عن عمر رضي الله عنه نحوه[1]. وإن مات الموهوب له قبل القبض ، بطلت ، لأنه غير لازم ، فيبطل بالموت كالشركة . وإن مات الواهب فعنه ما يدل على أن الهبةتبطل لذلك ، وهو قول القاضى . وقال أبو الخطاب : لا تبطل ، لأنه عقد مآله إلى اللزوم ، فلم تبطل بالموت ، كبيع الخيار . ويقوم الوارث مقام الموروث فى التقبيض والفسخ ، فإذا قبض ، ثبت الملك حينئذ . والخيرة فى التقبيض إلى الوارث ، لأه بعض ما يثبت به الملك ، فكانت الخيرة إليه فيه، كالإيجاب. ولا يجوز القبض إلابإذنه ، لأنه غير مستحق عليه ، فإن قبض بغير إذنه ، لم تتم الهبة . وإن أذن ، ثم رجع قبل القبض ، أو مات بطل الإذن .

فصل : وأما غير المكيل والموزون ، ففيه روايتان . إحداهما : لا تتم هبته إلا

---

(١) **إسناده صحيح.** رواه مالك (ص:٤٦٩) ومن طريقة البيهقى (١٦٩/٦) عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال أبناءهم نحلاً ثم يمسكونهم، فإن مات ابن أحدهم قال: مالى بيدى، لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه من نحل نحله فلم يجزها الذى نحلها حتى يكون إن مات لورثته، فهو باطل. وإسناده صحيح على شرط الشيخين. ورواه ابن أبى شيبة (٤٠/٦) وعبد الرزاق (١٦٥٠٩) بنحوه.

بالقبض ، لأنها نوع هبة ، فلم تتم قبل القبض ، كالمكيل والموزون . والثانية– تتم قبل القبض ، لما روى عن على وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا : الهبة إذا كانت معلومة ، فهى جائزة ، قبضت أو لم تقبض[1] ، ولأن الهبة أحد نوعى التمليك ، فكان منها ما يلزم قبل القبض ، كالبيع ، وقد ذكرنا اختلاف تفسير أصحابنا للمكيل والموزون فى البيع . وإن كان الموهوب فى يد المتهب ، لم يحتج إلى قبض ، لأن قبضه مستدام، وهل يفتقر إلى إذن فى القبض ؟ فيه روايتان . وذكر القاضى أنه لابد من مضى مدة يتأتى قبضه فيها، كما ذكرنا فى الرهن .

فصل : فإن وهب لابنه الصغير شيئاً ، وقبضه له ، صح ولزم ، لأنه وليه ، فكان له القبض ، كما لو كان الواهب أجنبياً ، ويكون حكم القبض حكمه فيما إذا وهب له رجل شيئاً فى يده ، لأنه فى يد الأب .

فصل : والهبة المطلقة لا تقتضى ثواباً ، سواء كانت من مماثل أو أعلى أو أدنى لأنها عطية على وجه التبرع ، فلم تقتض ذلك كالصدقة . وإن شرط ثواباً معلوماً صح ، وكانت بيعاً يثبت فيها الخيار والشفعة ، وضمان العهدة ، وحكى عن أحمد رواية ثانية– أنه يغلب فيها حكم الهبة ، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به . وإن شرط ثواباً مجهولاً احتمل أن لا يصح ، لأنه عوض مجهول فى معاوضة ، فلم يصح كالبيع . وعنه: أنه يصح ويعطيه ما يرضيه أو يردها ، ويحتمل أن يعطيه قيمتها فإن لم يفعل فللواهب الرجوع ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : من وهب هبة أراد بها

---

(١) **ضعيف**. رواه ابن أبى شيبة (٤٣/٦) من طريق حجاج، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن على وابن مسعود رضي الله عنهما بلفظ: إذا علمت الصدقة فهى جائزة وإن لم تقبض، وإسناده ضعيف منقطع فيه حجاج بن أرطأة وهو كثير الخطأ والتدليس كما فى «التقريب»، والقاسم بن عبد الرحمن روايته مرسلة عن ابن مسعود كما فى «تهذيب الكمال» (٢٣/٣٧٩-٣٨٠)، ورواه عبد الرزاق [١٦٥٩٥] من طريق جابر الجعفى، عن القاسم به. وهو ضعيف أيضًا فيه جابر الجعفى وهو ضعيف كما فى «التقريب»، ورواه ابن أبى شيبة (٦/٤٣ ـ ٤٤)، والدارقطنى (٤/١٨٢) الطبرانى فى الكبير (٨٩٥٣)، والبيهقى (٦/١٦٢)، من طريق عيسى بن المسيب عن القاسم عن أبيه عن جده بنحوه، وهو إسناد متصل إلا أن فيه عيسى بن المسيب وهو ضعيف كما فى «لسان الميزان»، والحديث ضعيف، كما قال ابن عبد البر فى «التمهيد» (٧/٢٤٠).

الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها(1) . قال أحمد : إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ، ولم يثبه منها ، فلا أرى عليه نقصان ما نقص ، إلا أن يكون ثوباً لبسه ، أو جارية استخدمها أو استعملها ، فإن اختلفا ، فقال وهبتك ببدل، فأنكر الآخر ، فالقول قول المنكر ، لأنه ادعى عليه بدلاً الأصل عدمه .

فصل : وإن وهب لغير ولده شيئاً ، وتمت الهبة ، لم يملك الرجوع فيه ، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « **العائد فى هبته كالعائد فى قيئه** »(2) متفق عليه. وروى ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « **لا يحل لرجل أن يعطى عطية ، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده** »(3) رواه الترمذى ، وقال : حديث حسن . وإن وهب الرجل لولده ، فله الرجوع للخبر. ولأن النبى ﷺ أمر بشيراً برد ما وهب لولده النعمان. ولأن الأب لا يتهم فى رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة ، أو إصلاح الولد. وليس للجد الرجوع ، لأن الخبر يتناول الوالد حقيقة، وليس الجد فى معناه ، لأنه يدلى بواسطة ، ويسقط بالأب ، ولا يسقط الأخوة ، فأما الأم فيحتمل أن لارجوع لها ، لأنه لا ولاية لها على ولدها ، بخلاف الأب ، ويحتمل أن لها الرجوع ، لأنها أحد الأبوين، فأشبهت الأب، ولأنه يجب عليها التسوية بين ولدها فى العطية ، فأشبهت الأب. والهبة والصدقة سواء فى ذلك، بدليل أن فى حديث النعمان بن بشير: فرجع أبى ، فرد تلك الصدقة. وعن أحمد رحمه الله: ليس للأب الرجوع فى هبته أيضاً ، لعموم قوله: «**العائد فى هبته كالعائد فى قيئه**».

---

(1) **صحيح**. رواه مالك فى «الموطأ» (ص: ٤٧٠)، والشافعى فى «الأم» (٦١/٤)، والطحاوى فى «شرح المعانى» (٨١/٢)، والبيهقى (١٨١/٦)، وصححه البيهقى فى «المعرفة» (٦٩/٩)، وابن حزم فى «المحلى» (١٣٢/٩).

(2) رواه البخارى [٢٦٢١]، ومسلم [١٦٢٢]، وأبو داود [٣٥٣٨]، والترمذى [١٢٩٨]، والنسائى (٢٢٥/٦)، وابن ماجه [٢٣٨٥]، وأحمد (٢٨٠/١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(3) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٥٣٩]، والترمذى [[٢١٣٢]، والنسائى (٢٢٥/٦)، وابن ماجه [٢٣٧٧]، وأحمد (٢٣٧/١)، وابن حبان [٥١٢٣]، والحاكم (٤٦/٢) من حديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وصححه الترمذى والحاكم ـ ووافقه الذهبى ـ، وقال الحافظ فى «الفتح» (٢١١/٥): رجاله ثقات.

فصل : وللرجوع في الهبة شروط أربعة: أحدها– أن تكون باقية في ملكه ، لأن الرجوع فيها بعد خروجها عن ملكه إبطال لملك غيره ، فإن عادت إلى الابن بفسخ العقد، فله الرجوع، لأنه عاد حكم العقد الأول ، وإن عادت بسبب آخر ، فلا رجوع له ، لأنه ما استفاد هذا الملك بهبة أبيه .

الثاني– أن يكون تصرف الابن فيها باقياً . فإن استولد الأمة أو رهنها ، أو حجر عليه لفلس ، يسقط الرجوع لما فيه من إسقاط حق الغرماء والمرتهن ، ونقل الملك فيما لا يقبل النقل . فإن زال الحجر والرهن ، فله الرجوع لزوال المانع .

الثالث– أن لا يزيد زيادة متصلة ، كالسمن والتعلم ، فإن زادت ففي الرجوع روايتان. كالروايتين في الرجوع على المفلس، وإن كانت منفصلة، لم تمنع الرجوع، والزيادة للابن، لأنها نماء منفصل في ملكه، فكانت له كنماء المبيع المعيب.

الرابع– أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد ، نحو أن يرغب الناس في تزويجه ، فيزوجوه من أجلها أو يداينوه، فإن تعلقت بها رغبة، ففيه روايتان: إحداهما– لا رجوع فيها، لأنه إضرار بالغير، فلم يجز كالرجوع فيها بعد فلس الابن. والثانية– له ذلك، لعموم الحديث، ولأن حق الغير لم يتعلق بهذا المال، أشبه ما لو لم يتزوج.

فصل : وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع غناه وحاجته بشرطين: أحدهما– أن لا يجحف بالابن ، ولا يأخذ ما تعلّقت به حاجته . الثاني– أن لا يأخذ من مال أحد ولديه ، فيعطيه الآخر ، لأن تفضيل أحد الولدين غير جائز ، فمع تخصيص الآخر بالأخذ منه أولى ، فإذا وجد الشرطان، جاز الأخذ ، لقول رسول الله ﷺ : «**أنت ومالك لأبيك**»[1] رواه سعيد، وابن ماجه، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال:

---

(١) **صحيح**. رواه ابن ماجه [٢٢٩١]، والطبراني في «الأوسط» [٣٥٣٤]، والطحاوي في «شرح المعاني» (١٥٨/٤)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وصححه أبو بكر البزار، وابن التركماني كما في «الجوهر النقي» وعبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣٤٩/٣)، والحافظ في «الفتح» (٢١١/٥): وابن القطان في «بيان الوهم» (١٠٢/٥) وقال الحافظ ابن حجر: مجموع طرقه لا تحطه عن القوة. اهـ.

رسول الله ﷺ : **«إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم»**[(١)] رواه سعيد ، والترمذى ، وقال : حديث حسن . ولأنه يتصرف فى مال ولده الصغير بغير تولية ، أشبه مال نفسه ، وليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه لما ذكرنا . قال أحمد وإذا مات بطل دين الابن . قال بعض أصحابنا: يعنى ما أخذه على سبيل التملك ، فأما إن أخذه على غير ذلك ، رجع الابن فى تركته ، وليس للأم الأخذ من مال ولدها بغير إذنه ، ولا للجد ، ولا سائر الأقارب ، لعدم الخبر فيهم ، وامتناع قياسهم على الأب ، لما بينهما من الفرق ، ويحتمل أن يجوز للأم لدخول ولدها فى عموم قوله: «أولادكم» .

فصل : وإن تصرف الأب فى مال ابنه قبل تملكه ، لم يصح تصرفه ، نص عليه أحمد ، فقال : لا يجوز عتقه لعبد ابنه ما لم يقبضه. وكذلك إبراؤه من دينه وهبته لماله ، لأن ملك الابن باق عليه ، بدليل صحة تصرفه فيه ، ووطئه لجواريه ، وجريان الربا بينه وبين أبيه ، فأشبه مال الأجنبى . وإن وطئ الأب جارية ابنه قبل تملكها، فلاحد عليه للشبهة ، وإن لم تلد ، فهى على ملك الابن ، وإن ولدت، فولده حر، وتصير أم ولد له .

فصل فى العُمْرى : وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ، أو جعلتها لك عمرك ، أو عمرى . ولها ثلاث صور: إحداهن- أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ، ولعقبك من بعدك ، فهذه هبة صحيحة ، لقول رسول الله ﷺ : **«من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حياً وميتاً»**[(٢)] متفق عليه. الثانية- أن يقول: أعمرتكها حياتك، ولم يزد ، ففيها روايتان: إحداهما- هى كالأولى، للخبر، وجاء

---

(١) **صحيح.** رواه أبو داود [٣٥٢٨] ، والترمذى [١٣٥٨] ، والنسائى (٢١٢/٧) ، وابن ماجه [٢٢٩٠] واللفظ له، وأحمد (٣١/٦) ، وابن حبان [٤٢٥٩] ، والحاكم (٤٦/٢) ، وصححه أبو حاتم وأبو زرعة كما فى «العلل» لابن أبى حاتم (٤٦٥/١) ، وقال الترمذى: حسن صحيح، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبى، وصححه أيضاً عبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٣٤٩/٣) .

(٢) رواه مسلم [١٦٢٥] ، والنسائى (٢٣١/٦) ، وأحمد (٣٨٦/٣) ، ورواه أبو داود [٣٥٥١] ، والترمذى [١٣٥٠] ، وابن ماجه [٢٣٨٠] ، بنحوه، كلهم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

في لفظ: قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له[١] متفق عليه . ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك ، وتنتقل إلى الورثة ، فلم يكن تقديره بحياته منافيا لحكم الإملاك . والثانية- ترجع بعد موته إلى المعمر ، لما روى جابر رضي الله عنه قال: إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال هي لك ما عشت ، فإنها ترجع إلى صاحبها[٢] متفق عليه . الثالثة- أن يقول مع ذلك : فإذا مت عادت إلي إن كنت حياً، أو إلى ورثتي ، والرُّقْبَى[٣] مثل ذلك ، إلا أنه يقول : إن مت قبلي ، عادت إلي ، وإن مت قبلك ، فهي لك . أو يقول : أرقبتك داري هذه . قال مجاهد : هي أن يقول : هي للآخر مني ومنك موتاً، ف يها روايتان: إحداهما- هي لازمة لا تعود إلى الأول ، لعموم الخبر الأول ولقول رسول الله ﷺ : « لا ترقبوا ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته »[٤] ولأنه شرط أن تعود إليه بعدما زال ملكه ، فلم يؤثر ، كما لو شرطه بعد لزوم العقد . والثانية- ترجع إلى المعمر والمرقب ، لحديث جابر ، ولقول رسول الله ﷺ : « المؤمنون عند شروطهم»[٥] وتصح العمرى والرقبى في العقار والثياب والحيوان ، لأنها نوع هبة، فجازت في ذلك كله ، كسائر الهبات . ولو شرط في الهبة شرطاً منافياً لمقتضاها، نحو أن يقول: وهبتك هذا بشرط أن لا تبيعه ، أو بشرط أن تبيعه أو تهبه ، فسد الشرط، وفي صحة العقد وجهان ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن قيدها فقال: وهبتكها سنة ، لم يصح ، لأنه عقد ناقل للملك في الحياة أشبه البيع.

---

(١) رواه البخاري [٢٦٢٥]،و مسلم [١٦٢٥]، وأبو داود [٣٥٥٠]، والنسائي (٢٣٤/٦)، وأحمد (٣٩٣/٣) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) رواه مسلم [١٦٢٥]، وأبو داود [٣٥٥٥]، وأحمد (٢٩٤/٣)، من حديث جابر رضي الله عنه .

(٣) سميت بذلك لأن كلاً من الطرفين يرتقب موت صاحبه. (المصباح).

(٤) **صحيح**. رواه النسائي (٢٣٠/٦)، وابن ماجه [٢٣٨٢] واللفظ له، وأحمد (٣٤/٢)، وابن الجارود [٩٩٠]، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وإسناده صحيح رجاله ثقات رجال الشيخين، وقال الحافظ في «الفتح» (٢٤٠/٥): رجاله ثقات.

(٥) سبق تخريجه (٣٧/٢).

كتاب
الوصايا

الوصية هي التبرع بعد الموت ، وهي مستحبة لمن ترك خيراً ، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: « **إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة فى حسناتكم** »[(١)] رواه ابن ماجه . وليست واجبة ، لأنها عطية لا تجب فى الحياة ، فلا تجب بعد الموت، كالزائد على الثلث . وحكي عن أبى بكر أنها واجبة للأقارب غير الوارثين ، لظاهر قوله سبحانه: ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ** ﴾ [البقرة: ١٨٠]. والمستحب الإيصاء بالخمس. وقال القاضى وأبو الخطاب رحمهما الله تعالي: يستحب لمن كثر ماله الوصية بالثلث لما ذكرنا من الحديث ، ووجه ما ذكرنا ما روى عامر بن سعد عن أبيه رضي الله عنهما قال : مرضت مرضاً أشفيت[(٢)] منه على الموت ، فأتاني رسول الله ﷺ يعودني، فقلت: يا رسول الله لى مال كثير، وليس يرثنى إلا ابنتى، أفأوصى بمالى كله ؟ قال : «**لا**». قلت: فبالثلثين ؟ قال: «**لا** ». قلت : فبالشطر ؟ قال: «**لا**». قلت: فبالثلث قال: «**الثلث والثلث كثير ، إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس**»[(٣)] متفق عليه. يعنى يطلبون من الناس بأكفهم، فاستكثر الثلث مع إخباره إياه بكثرة ماله، وقلة عياله، وقال ابن عباس رضي الله عنهما : وددت لو أن الناس غضوا من الثلث، لقول النبى ﷺ : «**والثلث كثير** »[(٤)] متفق عليه. وأوصى أبو بكر رضي الله عنه بالخمس، وقال: رضيت لنفسى

---

(١) **إسناده ضعيف**. رواه ابن ماجه [٢٧٠٩]، والبيهقى (٦/٢٦٩)، والخطيب فى «التاريخ» (١/٣٤٩) من طريق طلحة بن عمرو الحضرمي، عن عطاء بن أبى رباح عن أبى هريرة رضي الله عنه ، وإسناده ضعيف، فيه طلحة بن عمرو الحضرمى وهو متروك، كما فى «التقريب»، والحديث ضعف إسناده البوصيرى فى «الزوائد» [٩٦١]، والحافظ فى «التلخيص» (٣/٩١).

(٢) أشفى المريض على الموت: أى أشرف. (المصباح).

(٣) سبق تخريجه (١/٤١٧).

(٤) رواه البخارى [٢٧٤٣]، ومسلم [١٦٢٩]، والنسائى (٦/٢٠٤)، وابن ماجه [٢٧١١] وأحمد (١/٢٣٠، ٢٣٣).

بما رضى الله به لنفسه[١] . وقال على رضي الله عنه : لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث[٢] . وأما قليل المال ذو العيال. فلا تستحب له الوصية، لقول النبى ﷺ «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» .

فصل : ويستحب لمن رأى موصياً يحيف[٣] في وصيته أن ينهاه ، لنهى النبى ﷺ سعداً عن الزيادة على الثلث . وقال بعض أهل التفسير في قوله تعالى : ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء:٩] هو أن يرى المريض يحيف على ولده فيقول له: اتق الله ولا توص بمالك كله .

فصل : ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث ، لنهى النبى ﷺ سعداً عن ذلك ، فإن فعل ، وقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة . فإن أجازوه جاز . وإن ردوه بطل بغير خلاف ، لأن الحق لهم ، فجاز بإجازتهم ، وبطل بردهم. وظاهر المذهب أن الوصية صحيحة، وإجازة الورثة تنفيذ ، لأن الإجازة تنفيذ في الحقيقة، ولا خلاف في تسميتها إجازة ، فعلى هذا يكتفى فيها بقوله : أجزت ، وما يؤدى معناه . فإن كانت عتقاً، فالولاء للموصى يختص به عصباته . وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، والإجازة هبة يفتقر إلى لفظها ، وولاء المعتقين لجميع الورثة ، وللمجيز إذا كان أباً للموصى له ، الرجوع فيها ، لأن النبى ﷺ نهى عنها، والنهى يقتضى الفساد ، ولأنه أوصى بمال غيره فلم يصح ، كالوصية بما استقر ملك وارثه عليه . ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد الموت، لأنه لا حق للوارث قبل الموت ، فلم يصح إسقاطه ، كإسقاط الشفعة قبل البيع. فأما من لا وارث له ، ففيه روايتان: إحداهما– تجوز وصيته بماله كله، لأن النهى معلل بالإضرار بالوارث، لقوله عليه السلام: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» والثانية– الوصية باطلة، لأن ماله يصير للمسلمين، ولا مجيز منهم .

---

(٢) **ضعيف.** رواه عبد الرزاق [١٦٣٦٣] عن معمر، والبيهقى (٢٧٠/٦) من طريق شيبان كلاهما عن قتادة قال ذكر لنا أن أبا بكر رضي الله عنه – فذكره. وإسناده منقطع قتادة بن دعامة ثقة من الرابعة لم يدرك أبا بكر رضي الله عنه. ورواه ابن أبي شيبة (٢٠١/١١) وسعيد بن منصور [٣٣٤] من طريق جويبر عن الضحاك قال: أوصى أبو بكر وعلى بالخمس. وإسناده ضعيف منقطع فيه جويبر وهو ضعيف جداً والضحاك بن مزاحم صدوق كثير الإرسال من الخامسة كما في «التقريب».

(٢) **ضعيف.** رواه عبد الرزاق [١٦٣٦١] عن الثورى، وابن أبي شيبة (٢٠٢/١١) عن أبي الأحوص كلاهما عن أبي إسحاق عن الحارث عن على قال: لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالربع، وأن أوصى بالربع أحب إلى من أن أوصى بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً. ورواه البيهقى (٢٧٠/٦) مختصراً وإسناده ضعيف فيه الحارث الأعور وهو ضعيف كما في «التقريب» وبهذه العلة ضعفه الحافظ في «التلخيص» (٦٥/٣).

(٣) حاف: يعنى جار وظلم. (المصباح).

فصل : فإن أوصى بجزء من المال ، وأجاز الوارث، ثم قال : إنما أجزتها ظناً مني أن المال قليل ، قبل قوله مع يمينه ، لأنه مجهول في حقه ، فلم تصح الإجازة فيه. ويحتمل أن لا يقبل ، لأنه رجوع عن قول يلزمه به حق فلم يقبل، كالرجوع عن الإقرار . وإن أوصي بعبد ، فأجازه ، ثم قال : ظننت أن المال كثيراً فأجزته لذلك، ففيه أيضاً وجهان . وقيل : يصح هاهنا وجهاً واحداً ، لأن العبد معلوم .

فصل : ويعتبر خروجه من الثلث وقت الموت ، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها. فلو وصى بثلث ماله ، وله ألفان ، فصار عند الموت ثلاث آلاف ، لزمت الوصية في ألف. وإن نقصت فصارت ألفاً ، لزمت الوصية في ثلث الألف . وإن وصى ولا مال له ، ثم استفاد مالاً ، تعلقت الوصية به . وإن كان له مال ، ثم تلف بعضه بعد الموت ، لم تبطل الوصية .

باب
من تصح وصيته والوصية له ومن لا تصح

من ثبتت له الخلافة ، صحت وصيته بها ، لأن أبا بكر أوصى بها لعمر[(١)] رضي الله عنهما، ووصى عمر إلى أهل الشورى رضي الله عنهم[(٢)] ، ولم ينكره من الصحابة منكر. ومن ثبتت له الولاية على مال ولده ، فله أن يوصي إلى من ينظر فيه ، لما روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال : أوصى إلى الزبير سبعة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم ، عثمان ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسعود رضي الله عنهم ، فكان يحفظ عليهم أموالهم ، وينفق على أبنائهم من ماله[(٣)] . وللولي في النكاح الوصية بتزويج

---

(١) رواه البخاري [٧٢١٨]، ومسلم [١٨٢٣] وأبو داود [٢٩٣٩]، والترمذي [٢٢٢٥]، وأحمد (٤٣/١، ٤٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه قال: إن أستخلف فقد استخلف من هو خير مني ـ يعني أبا بكر ـ الحديث.

(٢) سبق تخريجه (٢٧/١) ضمن حديث طعن عمر.

(٣) **صحيح.** رواه ابن أبي شيبة (١٩٨/١١) عن أبي أسامة عن هشام بن عروة مرسلاً، ووصله يعقوب ابن سفيان في «التاريخ» (٥٤٥/٣)، ومن طريقه البيهقي (٢٨٢/٦) عن عبد الغفار بن عبد الله =

موليته ، فيقوم وصيه مقامه ، لأنها ولاية شرعية ، فملك الوصية بها كولاية المال . وعنه : ليس له الوصية بذلك ، لأنها ولاية لها من يستحقها بالشرع ، فلم يملك نقلها بالوصية ، كالحضانة . وقال ابن حامد : إن كان لها عصبة ، لم تصح الوصية بها لذلك . وإن لم تكن صحت ، لعدمه .

فصل : ومن عليه حق تدخله النيابة ، كالدين والحج والزكاة ورد الوديعة ، صحت الوصية به ، لأنه إذا جاز أن يوصى في حق غيره ، ففي حق نفسه أولى . ويجوز أن يوصى إلى من يفرق ثلثه في المساكين وأبواب البر لذلك .

فصل : ومن صح تصرفه في المال ، صحت وصيته ، لأنها نوع تصرف ، ومن لا تمييز له ، كالطفل والمجنون والمبرسم ، ومن عاين الموت ، لا تصح وصيته ، لأنه لا قول له . والوصية قول. وتصح من البالغ المبذر ، لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله له، وليس في وصيته إضاعة له ، لأنه إن عاش ، فهو له، وإن مات ، لم يحتج إلى غير الثواب ، وقد حصله . وتصح وصية الصبي المميز لذلك . ولأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من غسان[1] ، وقال أبو بكر: من جاوز العشر ، صحت وصيته رواية واحدة، ومن دون السبع، لا تصح وصيته، ومن بينهما ، فيه روايتان . ويحتمل أن لا تصح وصية الصبي بحال ، لأنه لا يصح تصرفه ، أشبه الطفل ، فأما السكران ، فلا تصح وصيته ، لأنه لا تمييز له ، ويحتمل أن تصح بناء على طلاقه .

فصل : ولا تصح الوصية بمعصية ، كالوصية للكنيسة ، وبالسلاح لأهل الحرب ، لأن ذلك لا يجوز في الحياة فلا يجوز في الممات ، وتصح الوصية للذمي لما روى أن صفية زوج النبي ﷺ وصت لأخيها بثلاثمائة ألف ، وكان يهودياً.[1]

= الموصلي عن علي بن مسهر عن هشام بن عروة عن أبيه به. وإسناده صحيح رجاله ثقات، وعبد الغفار بن عبد الله ترجم له ابن أبي حاتم في «الجرح والتعديل» (٥٤/٦)، وذكره ابن حبان في «الثقات» (٤٢١/٨).

(١) صحيح. رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٤٧٥)، ومن طريقه البيهقي (٢٨٢/٦) من طريق عبد الله ابن أبي بكر بن حزم، عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره ـ الحديث. وإسناده قوى رجاله ثقات كما قال الحافظ في «الفتح» (٣٥٦/٥)، وله شاهد رواه الدارمي [٣٢٩٠] عن يحيى أن أبا بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم أخبره بنحوه.

ولأنه يجوز التصدق عليه في الحياة ، فجاز بعد الممات . وتصح الوصية للحربى لذلك ويحتمل أن لا تصح ، لأنه لا يصح الوقف عليه .

فصل : ولا تجوز الوصية لوارث ، لما روى أن النبى ﷺ قال : « **لا وصية لوارث** »[٢] وهذا حديث صحيح ، فإن فعل صحت فى ظاهر المذهب ، ووقف على إجازة الورثة ، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « **لا تجوز لوارث وصية ، إلا أن يشاء الورثة** »[٣] ، فيدل على أنهم إذا شاءوا ، كانت وصية جائزة ، وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، لقول رسول الله ﷺ : « **لا وصية لوارث** » فإن وصى لغير وارث فصار عند الموت وارثاً ؛ لم تلزم الوصية . وإن وصى لوارث فصار غير وارث، لزمت الوصية ، لأن اعتبار الوصية بالموت .

فصل : ولا تصح الوصية لمن لا يملك ، كالميت والمَلَك والجنى ، لأنه تمليك فلم يصح لهم ، كالهبة . وإن وصى لحمل امرأة ، ثم تيقنا وجوده حال الوصية ،

---

(١) **صحيح.** رواه البيهقى (٢٨١/٦) من طريق سفيان، عن أيوب، عن عكرمة أن صفية زوج النبى ﷺ قالت لأخ لها يهودى: أسلم ترثنى، فسمع بذلك قومه، فقالوا: أتبيع دينك بالدنيا؟ فأبى أن يسلم فأوصت له بالثلث، وإسناده صحيح رجاله ثقات على شرط البخارى. ويشهد له ما رواه ابن أبى شيبة (١٦١/١١)، وابن سعد فى «الطبقات» (٩٥/٦) مرسلاً من حديث يحيى بن سعيد أن صفية أوصت لقرابة لها من اليهود. وإسناده صحيح رجاله ثقات على شرط البخارى إلا أن يحيى بن سعيد لم يدرك صفية رضي الله عنها . وله شاهد آخر رواه ابن سعد (٩٦/٦) من حديث أبى سلمة بن عبد الرحمن قال: ورثت صفية مائة ألف درهم بقيمة أرض وعرض، فأوصت لابن أختها وهو يهودى بثلثها ـ وإسناده ضعيف فيه محمد بن عمر الواقدى وهو متروك، كما فى «التقريب». والحديث صحيح بمجموع طرقه وشواهده.

(٢) **صحيح.** رواه الترمذى [٢١٢١]، والنسائى (٢٠٧/٦) وابن ماجه [٢٧١٢]، وأحمد (١٨٦/٤، ١٨٧)، والبيهقى (٢٦٤/٦) من طريق قتادة، عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: «إن الله أعطى كل ذى حق حقه»- الحديث. ورجاله ثقات، سوى شهر فهو صدوق كثير الإرسال والأوهام، كما فى التقريب. وروى له مسلم مقروناً، والبخارى فى الأدب. وهو حسن الحديث وإن كان فيه بعض الضعف كما قال الحافظ فى الفتح (٦٥/٣). وله شاهد من حديث أبى أمامة بلفظ: «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها» الحديث. وهو حديث حسن وفى الباب من حديث ابن عباس، وجابر، وابن عمر، وأنس، وغيرهم رضي الله عنهم .

(٣) **ضعيف.** رواه الدارقطنى (٩٧/٤)، والبيهقى (٢٦٣/٦) من حديث عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وهو حديث مرسل، فإن عطاء وهو الخراسانى لم يدرك ابن عباس، لذا رواه أبو داود فى المراسيل [٣٧٤]، والحديث ضعيف معلول كما قال الحافظ فى «الفتح» (٣٧٢/٥).

بأن تضعه لأقل من ستة أشهر منذ أوصى ، أو لدون أربع سنين وليست بفراش ، صحت الوصية ، لأنه ملك بالإرث فملك بالوصية ، كالمولود . وإن وضعته لستة أشهر فصاعداً وهى فراش ، لم تصح الوصية ، لأنه لا يتيقن وجوده حال الوصية. وإن ألقته ميتاً ، لم تصح الوصيه له ، لأنه لا يرث . وإن وصى لما تحمل هذه المرأة ، لم يصح ، لأنه تمليك لمن لا يملك . وإن قال : وصيت لأحد هذين الرجلين ، لم تصح ، لأنه تمليك لغير معين . وإن قال : أعطوا هذا العبد لأحد هذين ؛ صح ، لأنه ليس بتمليك ، إنما هو وصية بالتمليك فجاز ، كما لو قال لوكيله : بع هذا العبد من أحد هذين .

فصل: وإن وصى لعبده بمعين من ماله ، أو نمائه ، لم يصح لأنه يصير ملكاً للورثة فيملكون وصيته . وحكى عنه : أن الوصية صحيحة . وإن أوصي له بنفسه ، صح وعتق . وإن وصى له بمشاع ، كثلث ماله ، صح وتعينت الوصية فيه ، لأنه ثلث المال ، أو من ثلثه . وما فضل من الثلث بعد عتقه ، فهو له . وإن وصى لمكاتبه صح ، لأنه يملك المال بالعقود ، فصحت الوصية له ، كالحر. وإن وصى لأم ولده ، صح ، لأنها حرة عند الاستحقاق . وإن وصى لمدبره ، صح لأنه إما أن يعتق كله أو بعضه ، فيملك بجزئه الحر . وإن وصى لعبد غيره ، كانت الوصية لمولاه ، لأنه اكتساب من العبد فأشبه الصيد ، ويعتبر القبول من العبد ، فإن قبل السيد ، لم يصح لأن الإيجاب لغيره ، فلم يصح قبوله ، كالإيجاب في البيع .

باب
ما تجوز الوصية به

تصح الوصية بكل ما يمكن نقل الملك فيه، من مقسوم، ومشاع، ومعلوم ومجهول، لأنه تمليك جزء من ماله ، فجاز في ذلك، كالبيع. وتجوز بالحمل البطن،

واللبن فى الضرع، وعبد من عبيده، وبما لا يقدر على تسليمه، كالطير فى الهواء، والآبق، لأن الموصى له يخلف الموصى فى الموصى به، كخلافة الورثة فى باقى المال، والوارث يخلفه فى هذه الأشياء، كذلك الموصى له، وإن وصى بمال الكتابة، صح لذلك.

وإن وصى برقبة المكاتب انبنى على جواز بيعه، فإن جاز جازت الوصية به، وإلا فلا.

وإن وصى له بما تحمله جاريته، أو شاته، أو شجرته، صح، لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية.

فصل : وتجوز الوصية بالمنافع لأنها كالأعيان فى الملك بالعقد والإرث، فكذلك فى الوصية. وتجوز بالعين دون المنفعة، وبالعين لرجل والمنفعة لآخر، لأنهما كالعينين فجاز فيهما ما جاز فى العينين وتجوز بمنفعة مقدرة المدة و مؤبدة لأن المقدرة كالعين المعلومة، والمؤبدة كالمجهولة، فصحت الوصية بالجميع.

فصل : وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات، كالكلب، والزيت النجس، لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع فجاز نقل اليد فيه بالوصية. ولا تجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر، والخنزير، والكلب الذى يحرم اقتناؤه، لأنه لا يحل الانتفاع به فلا تقر اليد عليه.

فصل : ويجوز تعليقها على شرط فى الحياة، لأنها تجوز فى المجهول فجاز تعليقها على شرط، كالطلاق. ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت لأن ما بعد الموت فى الوصية كحال الحياة. فإن قال: وصيت لك بثلثى وإن قدم زيد فهو له، فقدم زيد فى حياة الموصى فهو له، وإن قدم بعد موته فقال القاضى: الوصية للأول، لأنه استحقها بموت الموصى فلم ينتقل عنه. ويحتمل أنها للثانى، لأنه جعلها له بقدومه وقد وجد.

فصل : وإذا كانت الوصية لغير معين، كالفقراء، أو لمن لا يعتبر قبوله كسبيل الله لزمت بالموت، لأنه لا يمكن اعتبار القبول فسقط اعتباره. وإن كانت لآدمى

معين لم يلزم إلا بالقبول، لأنها تمليك، فأشبهت الصدقة، ولا يصح القبول إلا بعد الموت ، لأن الإيجاب لما بعده ، فكان القبول بعده . فإذا قبل ، ثبت له الملك حينئذ لأن القبول يتم به السبب ، فلم يثبت الملك قبله ، كالهبة . ويحتمل أنه موقوف، إن قبل ، تبينا أنه ملكه من حين الموت ، لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب بالإيجاب ، كالبيع والهبة، والمذهب الأول. فما حدث في الوصية من نماء منفصل قبل القبول ، فهو للوارث. وإن وصى لرجل بزوجته، فأولدها قبل القبول ، فولده رقيق للوارث . وعلى الاحتمال الثاني، يكون النماء للموصى له ، وولده حر .

فصل : فإن رد الوصية في حياة الموصي ، لم يصح الرد ، لأنه لا حق له في الحياة ، فلم يملك إسقاطه ، كالشفيع قبل البيع . وإن ردها بعد الموت، قبل القبول، صح؛ لأن الحق ثبت له فملك إسقاطه ، كالشفيع بعد البيع . وإن رد بعد القبول ، لم يصح الرد ، لأنه ملك ملكاً تاماً فلم يصح رده ، كالعفو عن الشفعة بعد الأخذ بها . فإن لم يقبل ولم يرد ، فللورثة مطالبته بأحدهما . فإن امتنع ، حكمنا عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، فأشبه من تحجر مواتاً وامتنع من إحيائه ، أو وقف في مشرعة ماء يمنع غيره ، ولا يأخذه .

فصل : وإن مات الموصى له قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، لأنه مات قبل استحقاقها . فإن مات بعده قبل القبول ، فكذلك في قياس المذهب ، واختيار ابن حامد لأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فبطل بالموت قبل القبول ، كالهبة ، والبيع . وقال الخرقي : يقوم الوارث مقام الموصى له في القبول والرد ، لأنه عقد لازم من أحد طرفيه فلم يبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن . فإذا قبل الوارث ، ثبت الملك له ، فلو وصى لرجل بأبيه ، فمات الموصى له قبل القبول ، فقبل ابنه ، وقلنا بصحة ذلك ، وأن الملك ينتقل إلى الموصى له بموت الموصي ، ورث الموصى به من ابنه السدس ، لأنا تبينا أنه كان حراً . وإن قلنا : لا ينتقل إلا بالقبول ، لم يرث شيئاً، لأنه كان رقيقاً .



بَابُ
مَا يُعتَبرُ مِنَ الثلث

ما وصى به من التبرعات، كالهبة والوقف والعتق والمحاباة، اعتبر من الثلث سواء كانت الوصية فى الصحة ، أو المرض ، لأن لزوم الجميع بعد الموت . وعنه : أن الوصية فى الصحة من رأس المال ، والأول أصح . فأما الواجبات ، كقضاء الدين والحج والزكاة ، فمن رأس المال ، لأن حق الورثة بعد أداء الدين ، لقول الله تعالى : ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، وقال على رضي الله عنه : إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية[١] رواه الترمذى . والواجب لحق الله تعالى بمنزلة الدين ، لقول النبى ﷺ : « دين الله أحق أن يقضى »[٢] فإن وصى بها مطلقاً ، أو من رأس ماله ، فهى من رأس ماله ، وإن قال : أخرجوها من ثلثى ، أخرجت من الثلث ، وتممت من رأس المال . فإن كان معها وصية بتبرع ، فقال القاضى : يبدأ بالواجب ، فإن فضل عنه من الثلث شئ ، فهو للموصى له بالتبرع ، وإن لم يفضل شئ ، سقط إلا أن يجيز الورثة . ويحتمل أن يقسم الثلث بين الوصيين بالحصة، فما بقى من الواجب ، تمم من الثلثين ، فيدخله الدور ، ويحتاج إلى العمل بطريق الجبر ، فتفرض المسألة فيمن وصى بقضاء دينه وهو عشرة، ووصى لآخر بعشرة ، وتركته ثلاثون ، فاجعل تتمة الواجب شيئاً ، ثم خذ ثلث الباقى وهو عشرة إلا ثلث شئ ، قسمها بين الوصيين نصفين، فحصل لقضاء الدين خمسة إلا

---

(١) **إسناده ضعيف.** رواه الترمذى [٢٠٩٤] وابن ماجه [٢٧١٥]، وأحمد (١/٧٩،١٤٤)، والحاكم (٤/٣٣٦)، والبيهقى (٦/٢٦٧) من طريق الحارث، عن على رضي الله عنه، وإسناده ضعيف؛ فيه الحارث بن عبد الله الأعور وفى حديثه ضعف، وقد تفرد بروايته عن على رضي الله عنه، كما قال البيهقى، والحديث ضعفه البيهقى، وعبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٣/٣٣١) والحافظ فى «الفتح» (٥/٣٧٧). وقال فى «التلخيص» (٣/٩٥): والحارث وإن كان ضعيفاً فإن الإجماع منعقد على وفق ما روى. اهـ.

(٢) رواه البخارى [١٩٥٣]، ومسلم [١١٤٨]، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

سدس شئ ، إذا أضفت إليها الشئ المأخوذ كان عشرة ، فاجبر الخمسة من الشئ بسدسه ، يبقى خمسة دنانير وخمسة أسداس شئ يعدل عشرة ، فالشئ ستة ، وحصل لصاحب الوصية الأخرى أربعة .

فصل : فأما عطيته في الصحة ، فمن رأس ماله ، لأنه مطلق في التصرف في ماله ، لا حق لأحد فيه . وإن كان في مرض غير مخوف ، فكذلك ، لأنه في حكم الصحيح. وإن كان مخوفاً اتصل به الموت ، فعطيته من الثلث ، لما روى عمران بن حصين رضي الله عنه : أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ ، فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ، فأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً [١] رواه مسلم . ولأنه في هذه الحال لا يأمن الموت، فجعل كحال الموت . فإن برئ ثم مرض ومات ، فهو من رأس المال ، لأنه ليس بمرض الموت . وإن وهب مايعتبر قبضه وهو صحيح ، وأقبضه وهو مريض ، اعتبر من الثلث ، لأنه لم يلزم إلا بالقبض الذى وجد في المرض .

فصل : والمرض المخوف ، كالطاعون ، والقولنج ، والرعاف الدائم ، والإسهال المتواتر ، والحمى المطبقة ، وقيام الدم ، والسل في انتهائه ، والفالج في ابتدائه ، ونحوها. وغير المخوف ، كالجرب، ووجع الضرس ، والصداع اليسير ، والحمى اليسيرة، والإسهال اليسير من غير دم ، والسل قبل تناهيه ، والفالج إذا طال . أما الأمراض الممتدة فإن أضنى صاحبها على فراشه ، فهى مخوفة ، وإلا فلا . وقال أبو بكر : فيها وجه آخر– أنها مخوفة على كل حال. وإن أشكل شئ من هذه الأمراض، رجع إلى قول عدلين من أهل الطب ، لأنهم أهل الخبرة به .

فصل : وإذا ضرب الحامل الطلق ، فهو مخوف ، لأنه من أسباب التلف ، وما قبل ستة أشهر فهى في حكم الصحيح . فإذا صار لها ستة أشهر ، فقال الخرقي : عطيتها من الثلث ، لأنه وقت لخروج الولد ، وهو من أسباب التلف . وقال غيره :

---

(١) رواه مسلم [١٦٦٨]، وأبو داود [٣٩٥٨]، والترمذي [١٣٦٤]، والنسائي (٥١/٤)، وابن ماجه [٢٣٤٥]، وأحمد (٤٢٦/٤).

هي كالصحيح ، لأنه لا مرض بها . وإن وضعت الولد وبقيت معها المشيمة ، أو حصل مرض ، أو ضربان ، فهو مخوف ، وإلا فلا . ومن كان بين الصفين حال التحام الحرب ، أو في البحر في هيجانه ، أو أسير قوم عادتهم قتل الأسرى ، أو قدم للقتل ، أو حبس له ، أو وقع الطاعون ببلده، فعطيته من الثلث ، لأنه يخاف الموت خوف المريض وأكثر ، فكان مثله في عطيته . قال أبو بكر : وفيه رواية أخرى– أن عطاياهم من جميع المال ، لأنه لا مرض بهم .

فصل : فأما بيع المريض بثمن المثل ، وتزويجه بمهر المثل ، فلازم من جميع المال ، لأنه ليس بوصية ، إنما الوصية التبرع ، وليس هذا تبرعاً . فإن حابى في ذلك، اعتبر المحاباة من الثلث ، لأنها تبرع . وإن كاتب عبده ، اعتبر من الثلث، لأن ما يأخذه عوضاً من كسب عبده ، وهو مال له ، فصار كالعتق بغير عوض . وإن وهب له من يعتق عليه ، فقبله ، عتق من المال كله ، لأنه لم يخرج من ماله شيئاً بغير عوض . وإن مات ، ورثه ، لأنه ليس بوصية .

فصل : فإن عجز الثلث عن التبرعات ، قدمت العطايا على الوصايا ، لأنها أسبق. وإن عجز الثلث عن العطايا ، بدئ بالأول فالأول ، عتقاً كان أو غيره ، لأن السابق استحق الثلث ، فلم يسقط بما بعده . وإن وقعت دفعة واحدة ، تحاصوا في الثلث ، وأدخل النقص على كل واحد بقدر عطيته ، لأنهم تساووا في الحق ، فقسم بينهم كالميراث . وعنه : أن العتق يقدم ، لأنه آكد ، لكونه مبنياً على التغليب والسراية . فإن كان العتق لأكثر من واحد ، أقرع بينهم فكمل العتق في بعضهم ، لحديث عمران ، ولأن القصد تكميل الأحكام في العبد ، ولا يحصل إلا بذلك . فإن قال : إن أعتقت سالماً ، فغانم حر ، ثم أعتق سالماً ، قدم على غانم، لأن عتقه أسبق. وإن قال: إن أعتقت سالماً فغانم حر مع حريته ، فكذلك ، لأننا لو أعتقنا غانماً بالقرعة ، لرق سالم ، ثم بطل عتق غانم ، لأنه مشروط بعتق سالم ، فيفضي عتقه إلى نفي عتقه . وإن كانت التبرعات وصايا ، سوى بين المتقدم والمتأخر ، لأنها توجد عقيب موته دفعة واحدة فتساوت كلها .

فصل : وإذا أعتق بعض العبد بالقرعة ، تبينا أنه كان حراً من حين الإعتاق ، فيكون كسبه له . وإن عتق بعضه ، ملك من كسبه بقدره . فلو أعتق عبداً لا يملك غيره – قيمته مائة – فكسب في حياة سيده مائة ، عتق نصفه ، وله نصف كسبه ، ويحصل للورثة نصفه ، ونصف كسبه ، وذلك مثلا ما عتق منه ، وطريق عملها أن يقول : عتق منه شئ وله من كسبه شئ ، وللورثة شيئان ، فيقسم العبد وكسبه على أربعة أشياء ، فيخرج للشئ خمسون ، وهي نصف العبد، ولو كسب مثلي قيمته ، لقلت: عتق منه شئ ، وله من كسبه شيئان ، وللورثة شيئان ، فيعتق منه ثلاثة أخماسه ، وله ثلاثة أخماس كسبه ، وللورثة الخمسان .

فصل : وإن وهب المريض مريضاً عبداً قيمته عشرة لا يملك غيره ، ثم وهبه الثاني للأول ، ولا يملك غيره ، فقد صحت هبة الأول في شئ ، وصحت هبة الثاني في ثلث ذلك الشئ ، يبقي له ثلثا شئ ، ولورثة الأول شيئان ، أبسط الجميع أثلاثاً، يكن ثمانية ، والشئ ثلاثة ، فلورثة الأول ستة هي ثلاثة أرباع العبد ، ولورثة الثاني ربعه .

فصل : ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة ولا يملك غيرها ، فماتت قبله ، ثم مات ، فقد صح لها بالصداق خمسة وشئ ، وعاد إلى الزوج نصف ذلك ديناران ونصف ونصف شئ ، فصار لورثته سبعة ونصف ، إلا نصف شئ ، يعدل شيئين ، أجبرهما بنصف شئ ، يصير شيئان ونصف ، تعدل سبعة ونصف ، أبسطها ، تصير خمسة ، تعدل خمسة عشر ، فالشئ إذاً ثلاثة ، فلورثة الزوج ستة ، ولورثتها أربعة .

فصل : وإن باع المريض عبداً لا يملك غيره ، قيمته ثلاثون ، بعشرة ، فأسقط الثمن من قيمته ، ثم انسب ثلث العبد كله إلى الباقي من ثمنه ، يكن نصفه ، فيصح البيع في نصفه بنصف ثمنه . ولو اشتراه بخمسة عشر ، كان نسبة الثلث إلى باقيه بثلثين ، فيصح البيع في ثلثه بثلثي ثمنه .

فصل : ومن وصى لرجل بثلث ماله ومنه حاضر وغائب وعين ودين ،

فللموصى لـه ثلث العين الحـاضرة ، وللورثة ثلثاها ، فكلما اقتضى من الدين شئ ، أو حضر من الغائب شئ ، اقتسموه أثلاثاً ، لأنهم شـركـاء فيـه . وإن وصى بمائة حاضرة وله مائتان غائبة ، أو دين ، ملك الموصى له ثلث الحاضرة ، وله التصرف فيه فى الحال ، لأن الوصية فيه نافذة ، فلا فائدة فى وقفه ، ووقف ثلثاها ، فكلما حضر من الغائب شئ أخذه الوارث ، واستحق الموصى له من الحاضرة قدر ثلثه . وإن تلفت الغائبة ، فالثلثان للورثة ، وكذلك لو دبر عبده ومات وله دين مثلاه ، عتق ثلثه، ووقف ثلثاه لما ذكرناه .

فصل : وإن وصى له بمنفعة عبده سنة ، ففى اعتبارها من الثلث وجهان: أحدهما— تقوّم المنفعة سنة ، ويقوّم العبد مسلوب المنفعة سنة على الوارث . والثانى— يقوّم العبد كامل المنفعة ، ويقوّم مسلوب المنفعة سنة ، فيعتبر ما بينهما . وإن وصى بنفعه حياته ، ففيه وجهان: أحدهما— يقوّم العبد بمنفعته ، ثم يقومّ مسلوب المنفعة ، فما زاد على قيمة الرقبة المنفردة ، فهو قيمة المنفعة. والثانى— يقوّم العبد بمنفعته على الموصى له ، لأن عبداً لا نفع فيه لا قيمة له . وإن وصى لرجل بنفعه ، ولآخر برقبته ، اعتبر خروج العبد بمنفعته من الثلث وجهاً واحداً . وإن وصى له بثمرة شجره أبداً ففى التقويم الوجهان لما ذكرناه .

بَابُ
الموصي له

إذا أوصى لجيرانه ، صرف إلى أربعين داراً من كل جانب ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال : « **الجار أربعون داراً ، هكذا ، وهكذا ، وهكذا ، وهكذا** »[1]

(١) **ضعيف**. رواه أبو يعلى [٥٩٨٢]، وابن حبان فى «الضعفاء» (٢/١٥٠) من طريق محمد بن جامع العطار، عن محمد بن عثمان، عن عبد السلام بن أبى الجنوب، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة رضي الله عنه =

وإن وصى للعلماء ، فهو للعلماء بالشرع دون غيرهم ، لأنه لا يطلق هذا الاسم على غيرهم ، ولا يستحق من يسمع الحديث ولا معرفة له به ، لأن مجرد سماعه ليس بعلم .

فصل : وإن وصى للأيتام ، فهو لمن لا أب له غير بالغ ، لأن اليتم فقد الأب مع الصغر ، ولذلك قال النبي ﷺ : « **لا يتم بعد احتلام** »[١] رواه أبو داود . ويدخل فيه الغني والفقير ، لشمول الاسم لهم . والأرامل : النساء غير ذوات الأزواج ، لأن الاسم لا يطلق في العرف على غيرهن وتستحق منه الغنية والفقيرة لذلك ، فإن قيل: فقد قال الشاعر[٢] :

هذي[٣] الأرامل قد قضّيت حاجتها ∴ فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

فسمى الذكر أرملاً . قلنا : هذا البيت حجة لنا ، فإنه لم يدخل الذكور في لفظ الأرامل ، إذ لو دخلوا لكان الضمير ضمير الذكور ، ، فإنه متى اجتمع ضمير المذكر والمؤنث غلب ضمير المذكر، وإنما سمى نفسه أرملاً ، تجوزاً ، ولذلك وصفه بكونه ذكراً . والعزاب: من لا زوج له من الرجال والنساء . يقال: رجل عزب[٤] ، وامرأة عزبة . والأيامى مثل العزاب سواء . قال الشاعر[٥] :

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ∴ وإن كنت أفتى منكم أتأيم[٦]

= به وفيه عبد السلام بن أبي الجنوب وهو منكر الحديث كما قال ابن حبان في «الضعفاء»، وفيه محمد بن جامع العطار شيخ أبي يعلى وهو ضعيف كما في «مجمع الزوائد» (١٦٨/٨)، والأحاديث الواردة في هذا الباب ضعيفة كما قال الحافظ في «الدراية» (٢٩٣/٢).

(١) سبق تخريجه (٤٥٧/١) من حديث علي ﷺ .

(٢) هو ابن جرير، كما في (اللسان).

(٣) في (اللسان) : كل الأرامل.

(٤) قال أبو حاتم: ولا يقال: رجل أعزب، قال الأزهريّ: وأجازه غيره. (المصباح).

(٥) هو ابن برّيّ، كما في (اللسان).

(٦) وذكره في (اللسان) باختلاف في شطره الثاني حيث قال:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ∴ يدا الدهر ما لم تنكحي أتأيّم

ويحتمل أن يختص العزاب بالرجال ، والأيامى بالنساء ، لأن الاسم فى العرف لهم دون غيرهم ، ولأنه لو كان الاسم مشتركاً بينهما لاحتيج إلى الفرق بهاء التأنيث كقائم ، وقائمة ، فلما أطلق على المؤنث بغير هاء ، دل على اختصاصها به كطالق وحائض وشبههما .

فصل : والغلمان والصبيان : الذكور ممن لم يبلغ ، لأن الاسم فى العرف لهم دون غيرهم . والفتيان والشبان : اسم للبالغين إلى الثلاثين . والكهول: من جاز ذلك إلى الخمسين، وقيل فى قول الله تعالى: ﴿ وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلاً ﴾ [آل عمران: ٤٦] هو ابن ثلاثين. والشيوخ : من جاوز الخمسين إلى آخر العمر . والعانس من الرجال والنساء : الذى كبر فلم يتزوج . قال قيس بن رفاعة الواقفى[١] :

فينا الذى ما عدا أن طرّ شاربه .·. والعانسون وفينا المرد والشيب

فصل : ومن وصى لصنف من أصناف الزكاة ، صرف إلى من يستحق الزكاة من ذلك الصنف ، ويعطى من الوصية والوقف حسب ما يعطى من الزكاة، إلا الفقراء والمساكين ، فإنه إذا وصى لأحد الصنفين ، دخل الآخر فى الوصية ، لأنهما صنفان فى الزكاة ، وصنف فى سائر الأحكام ، لشمول الاسم للقسمين . وإن وصى لأقاربه أو أهل قريته ، لم يدخل الكافر فى الوصية إذا كان الموصى مسلماً ، لأنهم لم يدخلوا فى وصية الله تعالى للأولاد بالميراث . وإن كان الموصى كافراً ، لم يدخل المسلم فى وصيته فى أحد الوجهين لذلك ، ويدخل فى الآخر لعموم اللفظ فيه ، وكونه أحق بالوصية له من الكافر .

فصل : وإن وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً أو أنثى ، فهما سواء ، لأنها عطية فاستوى فيها الذكر والأنثى ، كالهبة . وإن قال : إن ولدت ذكراً ، فله ألف . وإن ولدت أنثى ، فلها مائة، فولدت ذكراً وأنثى ، فلكل واحد ما عين له . وإن ولدت

---

(١) من بنى واقف ابن امرئ القيس بن مالك بن الأوس الأنصارى .. ذكره المرزبانى فى معجم الشعراء (الإصابة) وقد ذكر صاحب (اللسان)، وكذلك الجوهرىّ هذا البيت ونسباه إلى أبى قيس بن رفاعة، وهو من فحول الشعراء الذين ذكرهم ابن سلام الجمحى فى طبقاته [٣٨٤].

خنثى ، فله مائة ، لأنه اليقين ، ويوقف الباقي حتى يتبين . وإن ولدت ذكرين وأنثيين ، شرك بين الذكرين في الألف ، وبين الأنثيين في المائة ، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر . ولو قال : إن كان ما في بطنك ذكراً ، فله ألف. وإن كان أنثى ، فله مائة ، فولدت ذكراً وأنثى ، فلا شئ لواحد منهما ، لأنه شرط أن يكون جميع ما في البطن على هذه الصفة فلم يوجد .

فصل : ومتى كانت الوصية لجمع يمكن استيعابهم ، لزم استيعابهم والتسوية بينهم ، لأن اللفظ يقتضي التسوية ، فأشبه ما لو أقر لهم . وإن لم يمكن استيعابهم صحت الوصية لهم ، وجاز الاقتصار على واحد ، لأنه لما أوصى لهم عالماً بتعذر استيعابهم ؛ علم أنه لم يرد ذلك ، إنما أراد أن لا يتجاوزهم بالوصية ، ويحصل ذلك بالدفع إلى واحد منهم ، ويحتمل أن لا يجزئ الدفع إلى أقل من ثلاثة ، بناء على قولنا في الزكاة، ويجوز تفضيل بعضهم على بعض ، لأن من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، سواء كانت الوصية لقبيلة ، أو أهل بلدة ، أو لموصوفين بصفة كالمساكين .

فصل : وإن وصى لزيد وللمساكين ، فلزيد النصف ، وللمساكين النصف، لأنه جعلها لجهتين ، فوجب قسمها نصفين ، كما لو وصى لزيد وعمرو . وإن وصى لزيد والفقراء والمساكين ، فلزيد الثلث لذلك . وإن وصى لزيد بدينار ، وللفقراء بثلاثة وزيد فقير ، لم يعط غير الدينار ، لأنه قطع الاجتهاد في الدفع إليه بتقدير حقه بدينار.

فصل : وإن قال له: ضع ثلثي حيث يريك الله ، لم يملك أخذه لنفسه ، لأنه تمليك ملكه بالإذن ، فلم يملك صرفه إلى نفسه ، كالبيع ، ولا إلى ولده، ولا والده، لأنه بمنزلته ، ولهذا منع من قبول شهادته له ، ويحتمل جواز ذلك لعموم لفظ الموصي فيهم ، وله وضعها حيث أراه الله ، والمستحب صرفها إلى فقراء أقارب الميت ممن لا يرثه ، لأنهم أولى الناس بوصية الميت وصدقته ، ونقل المروذي عن أحمد رحمه الله -فيمن وصى بثلثه في أبواب البر-: يجزأ ثلاثة أجزاء جزء في

الجهاد ، وجزء يتصدق به في أقاربه ، وجزء في الحج . ويحتمل أن يصرف في أبواب البر كلها ، وهي كل ما فيه قربة ، لأن لفظه عام ولا يعلم قربة مخصصة ، فوجب إبقاؤه على العموم .

فصل : إذا أوصي بشئ لله ولزيد ، فجميعه لزيد ، لأن ذكر الله تعالى للتبرك باسمه ، كقوله سبحانه : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ [الأنفال: ٤١]، وإن وصى بشئ لزيد ولمن لا يملك ، كجبريل والرياح والميت ، فالموصى به كله لزيد ، ويحتمل أن له نصف الموصى به ، لأنه شرك بينه وبين غيره، فلم يكن له أكثر من النصف ، كما لو كان شريكه ممن يملك . وإن وصى لزيد وعمرو ، فبان أحدهما ميتاً ، فليس للآخر إلا نصف الوصية ، لأنه قاصد للتشريك بينهما ، لاعتقاده حياتهما.

باب
الوصيّة بالأنصباء

إذا وصى لرجل بسهم من ماله ، فحكى الخرقي فيها روايتين: إحداهما- للموصى له السدس ، لأنه يروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رجلاً أوصي لرجل بسهم من ماله ، فأعطاه النبي ﷺ سدس المال[(١)] وقال إياس بن معاوية : السهم في كلام العرب السدس، فإن كان الورثة عصبة ، أعطى سدس جميع المال، والباقي للعصبة، وإن كانوا ذوى فرض، أعيلت المسألة بالسدس، فيصير له السبع، وإن أعيلت الفريضة، أعيل سهمه أيضاً، لأنه ليس بأحسن حالاً من الوارث. والثانية- يعطى سهماً مما

(١) **ضعيف.** رواه البزار [البحر الزخار - ٢٠٤٧]، والطبراني في «الأوسط» [٨٣٣٨] من طريق محمد ابن عبيد الله العزرمي، عن أبي قيس، عن هزيل بن شرحبيل، عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً به، وإسناده ضعيف، فيه محمد بن عبيد الله العزرمي وهو متروك كما في «التقريب»، والحديث ضعفه عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣٢٣/٣)، والهيثمي في «المجمع» (٢١٣/٤).

تصح منه الفريضة مزاداً عليها ، لأن وصيته من الفريضة ، فيكون سهماً من سهمانها . قال القاضي : ويشترط أن لا يزيد على السدس ، فإن زاد عليه ، رد إلى السدس ، واختار الخلال وصاحبه أنه يعطى أقل سهم من سهام الورثة ، فيكون ذلك بمنزلة الوصية بنصيب وارث .

فصل : وإن وصى له بنصيب ، أو حظ ، أو جزء من ماله ، أعطاه الورثة ما شاءوا ؛ لأن كل شئ يقع عليه اسم ذلك .

فصل : وإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، أعطى مثل ما لأقلهم نصيباً ، لأنه اليقين ، يزاد ذلك على مسألة الورثة . فإن كان له ابن ، فله النصف لأنه سوى بينهما ، ولا تحصل التسوية إلا بذلك . وإن كان له ابنان ، فللموصى له الثلث . وإن وصى بنصيب أحدهما، ففيه وجهان: أحدهما- يصح، ويكون ذلك كناية عن مثل نصيبه بتقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه . والثاني- لا يصح ، لأن نصيب الابن له ، فلا تصح الوصية به ، كما لو وصى بماله من غير الميراث . وإن وصى بمثل نصيب ابنه الكافر ، أو الرقيق ، فالوصية باطلة ، لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له .

فصل : وإن وصى له بضعف نصيب ابنه ، فله مثل نصيبه مرتين ، لأن ضعف الشئ مثلاه . وإن وصى له بضعفي نصيب ابنه ، فقال أصحابنا : له ثلاثة أمثاله ، وثلاثة أضعافه ، أربعة أمثاله ، لأن ضعف الشئ : هو ومثله ، وضعفاه : هو ومثلاه . وقال ذلك أبو عبيدة .

واختياري : أن ضعفي الشئ مثلاه ، بمنزلة ضعفه ، لقول الله تعالى: ﴿فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ﴾ [البقرة:٢٦٥] أي : مثلين ، قاله أهل التفسير. وكذلك: ﴿يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب:٣٠]. وقال هشام بن معاوية النحوي[1] : العرب تتكلم بالضعف مثنى، فتقول: إن أعطيتني درهماً ، فلك ضعفاه ، أي: مثلاه، قال: وإفراده لا بأس به، والتثنية أحسن، فعلى هذا ثلاثة أضعافه: ثلاثة أمثاله.

---

(١) هو أبو عبد الله الضرير الكوفي النحويّ صاحب الكسائي، كان مشهوراً بصحبته وعنه أخذ النحو. مات سنة ٢٠٩ هـ (معجم الأدباء للحموي).

فصل : وإن وصى لرجل بجزء مقدر من ماله كثلث، أو ربع، أخذته من مخرجه فدفعته إليه، وقسمت الباقي على مسألة الورثة إن انقسم، وإلا ضربت مسألة الورثة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ فمنه تصح، فإن كان أكثر من الثلث فأجاز الورثة فكذلك، وإن ردوا أعطيت الموصى له الثلث وجعلت للورثة الثلثين. وإن وصى بجزئين مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه أخذت مخرج الوصيتين وضربت أحدهما في الآخر تصير ستة فأعطيت صاحب النصف ثلاثة، وصاحب الثلث سهمين إن أجاز الورثة، وإن ردوا قسمت الثلث بينهما على خمسة وضربت ذلك في ثلاثة يكن خمسة عشر، للوصيتين خمسة وللورثة عشرة، لأن ما قسم متفاضلاً عند اتساع المال قسم متفاضلاً عند ضيقه، كالمواريث، وإن أجازوا لأحدهما دون الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الرد أو وفقها إن وافقت، وأعطيت المجاز له سهامه من مسألة الإجازة مضروبة في مسألة الرد أو وفقها وأعطيت الآخر سهامه من مسألة الرد مضروبة في مسألة الإجازة أو وفقها، ولو وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه قسمت المال على أربعة لصاحب المال ثلاثة ولصاحب الثلث سهم لأن السهام في الوصايا كالسهام في الميراث تعال بالزائد، وإن لم يجيزوا قسمت الثلث على أربعة، فإن أجازوا لصاحب الكل وحده، فلصاحب الثلث ربع الثلث لأن ذلك كان له في حال الرد عليهما وفي صاحب المال وجهان: أحدهما- له الباقي كله لأنه موصى له به، وإنما امتنع منه في حال الإجازة لهما بمزاحمة صاحبه له، فإذا زالت المزاحمة في الباقي كان له. والثاني- ليس له إلا ثلاثة أرباع المال التي كانت له في حال الإجازة لهما، والباقي للورثة لأنه من نصيب صاحب الثلث وإن أجازوا لصاحب الثلث وحده ففيه وجهان: أحدهما- له الثلث كاملاً. والثاني- له الربع، ولصاحب المال الربع، والباقي للورثة، فإن كثرت السهام، كرجل أوصى لرجل بالمال، ولآخر بنصفه، ولآخر بثلثه ولآخر بربعه ولآخر بسدسه، أخذت مخرجاً يجمع الكسور فجعلته في المال، وهو هاهنا اثنا عشر، ثم زدت عليه نصفه وثلثه وربعه

وسدسه، فبلغ الجميع سبعة وعشرين، فيقسم المال بينهم كذلك إن أجيز لهم، أو الثلث إن رد عليهم.

فصل: وإن وصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته ، وهم اثنان، ففيها وجهان: أحدهما- أن يعطى الثلث لصاحبه، ويقسم الباقي بين الاثنين والوصي الآخر على ثلاثة ، فتصح المسألة من تسعة ، للموصى له بالثلث ثلثه ، وللآخر سهمان ، ولكل ابن سهمان . وإن ردا ، قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة. والوجه الآخر- أن صاحب النصيب موصى له بثلث المال ، لأننا لا نرتب الوصايا بعضها على بعض ، فعلى هذا إن أجيز لهما ، فللوصيين الثلثان ، وللابنين الثلث . وإن ردا فالثلث بينهما على اثنين ، والثلثان للابنين، وتصح من ستة . فإن كانت الوصية الأولى بالنصف ، ففيه وجه ثالث، وهو : أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ثلثهما ، ولصاحب النصف النصف إن أجاز الورثة . وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على ثلاثة عشر سهماً، والثلثان للابنين .

فصل: وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته ، ولآخر بجزء مما يبقى من المال ، كرجل له ثلاثة بنين أوصى بمثل نصيب أحدهم ، ولآخر بثلث ما بقى ، فعلى الوجه الذى نقول لصاحب النصيب فى المسألة التى قبلها ثلث المال ، له ههنا ربع المال ، ويكون للآخر ربع أيضاً ، يبقى سهمان من أربعة لثلاثة بنين ، وتصح من اثنى عشر سهما ، لكل واحد من الوصيين ثلاثة ، ولكل ابن سهمان فإن ردوا عليهما ، قسمت الثلث بين الوصيين نصفين ، والباقي للبنين ، وعلى الوجه الآخر لا يزاد صاحب النصيب عن ميراث ابن ، لأنه قصد التسوية بينه وبينهم . ولك فى عملها طرق: أحدها- أن تضرب مخرج إحدى الوصيتين فى الآخر، وهو ههنا ثلاثة فى أربعة ، تكن اثنى عشر ، ثم تنقصه سهماً يبقى أحد عشر ، فمنه تصح، ثم تأخذ مخرج الجزء وهو ثلاثة تنقصها سهما يبقى سهمان وهو النصيب . الطريق الثاني- أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيباً ، تدفع النصيب إلى صاحبه ، وإلى الوصي الآخر ثلث الباقي سهماً، يبقى سهمان بين البنين لكل واحد ثلثا سهم ، فيعلم أن النصيب

ثلثا سهم . فإذا بسطتها أثلاثاً كانت إحدى عشر . الطريق الثالث– أن تقول ثلاثة أسهم بقية مال ذهب ثلثه ، فرد عليه نصفه وسهماً ، صارت خمسة ونصفاً ، إذا بسطتها ، كانت أحد عشر .

فصل : وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته ، ولآخر بثلث ما بقى من الثلث ، فاجعل المال تسعة أسهم وثلاثة أنصباء ادفع نصيباً إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهماً، وادفع نصيبين إلى اثنين ، يبقى ثمانية أسهم للابن الثالث ، فتبين أن النصيب ثمانية أسهم ، و المال ثلاثة وثلاثون .

فصل : وإذا كان له مائتا درهم وعبد قيمته مائة ، فأوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بالعبد ، فقد أوصى بثلثى ماله ، فإن لم يجز الورثة ردت وصية كل واحد منهما إلى نصفها ، فلصاحب العبد نصفه ، وللآخر سدس المائتين وسدس العبد ، ويحتمل أن يقتسما الثلث على حسب ما يحصل لهما فى الإجازة ، فيكون بينهما على عشرين ، لصاحب العبد تسعة وهى ربع العبد وخمسه ، ولصاحب الثلث أحد عشر وهى سدس المال وسدس عشره . وإن أجازوا لهما ، فللموصى له بالثلث ثلث المائتين ، لأنه لا مزاحم له فيهما ، ويزدحم هو وصاحب العبد فيه ، لأنه قد أوصى لأحدهما بجميعه ، وللآخر بثلثه ، فيقسم بينهما على أربعة ، فلصاحبه ثلاثة أرباعه ولصاحب الثلث ربعه . فإن أجازوا لصاحب الثلث وحده ، فله ثلث المائتين . وهل يستحق ثلث العبد أو ربعه ؟ على وجهين . ولصاحب العبد نصفه . وإن أجازوا لصاحب العبد وحده ، فلصاحب الثلث سدس المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ثلاثة أرباعه التى كانت له فى حال الإجازة لهما ، وباقيه للورثة .

فصل : وإن وصي بثلث ماله لوارثه وأجنبى ، فأجيز لهما ، فهو بينهما . وإن رد عليهما ، أو على الوارث وحده ؛ فللأجنبى السدس ، والباقى للورثة ، وإن وصى لكل واحد بثلث ماله ، فأجيز لهما ، جاز لهما . وإن رد عليهما ، فقال القاضى : إن عينوا وصية الوارث بالإبطال ، فالثلث كله للأجنبى ، وإن أبطلوا الزائد على الثلث

من غير تعيين ، فالثلث الباقي بين الوصيين . وقال أبو الخطاب : فيها وجهان: أحدهما- أن الثلث كله للأجنبي . والثاني- للأجنبي السدس ويبطل الباقي .

فصل : فإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته إلا جزءاً من المال ، مثل أن يوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وهم ثلاث، إلا ربع المال ، فاجعل لكل ابن ربع المال واقسم الباقي بينهم وبين الموصى له على أربعة لا تنقسم ، فاضرب عددهم في مخرج الربع تكن ستة عشر ، له سهم ، ولكل ابن خمسة . وإن قال : إلا سدساً ، فضلت كل ابن بسدس ، وقسمت الباقي بينهم وبين الوصي على ما ذكرناه .

فصل : وإن وصى له بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى بعد النصيب ، فرضت المال بقدر مخرج الجزء المستثنى - وهو أربعة - وزدت عليه نصيباً ، واستثنيت من النصيب سهماً رددته على السهام ، صارت خمسة بين البنين ، لكل ابن سهم وثلثان ، فهو النصيب ؛ فتبين أن المال خمسة وثلثان ، إذا بسطتها تكن سبعة عشر ، للموصى له سهمان ، ولكل ابن خمسة . فإن كان أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع الباقي بعد الوصية ، فرضت المال أقل من مخرج الجزء الموصى به ، وذلك ثلاثة ، وزدت نصيباً ، ثم استثنيت من النصيب سهماً ، زدته على الثلاثة ، صارت أربعة بين البنين ، لكل ابن سهم وثلث ، فتبين أن النصيب سهم وثلث ، إذا بسطتها ، صارت ثلاثة عشر سهماً ، ومنها تصح .



بَابُ
جَامع الوَصَايَا

إذا أوصى بعبد من عبيده، ولا عبيد له ، أو بعبده الحبشي ولا حبشي له ، أو بعبده سالم وليس له ذلك ، فالوصية باطلة، لأنه وصى له بما لا يملك ، أشبه إذا وصى له بداره ولا دار له. وعن أحمد– في رجل قال: أعطوا فلاناً من كيسى مائة ولم يكن في الكيس مائة– يعطى مائة درهم ، فلم تبطل الوصية ، فيخرج ههنا مثله، لأنه لما تعذرت الصفة ، بقى أصل الوصية ، فيشترى له عبد . فإن كان له عبيد أعطى أحدهم بالقرعة في إحدى الروايتين ، لأنهم تساووا بالنسبة إلى استحقاقه ، فيصار إلى القرعة ، كما لو أعتق واحداً منهم . والثانية– يعطيه الورثة ما شاءوا من سليم ومعيب ، وصغير وكبير ، لأنه يتناوله الاسم ، فيرجع إلى رأى الورثة ، كما لو وصى له بحظ أو نصيب ، ولا عرف في هبة الرقيق ، فرجع إلى ما يتناوله الاسم ، فإن مات رقيقه قبل موته أو بعده ، بطلت الوصية ، لفوات ما تعلقت الوصية به من غير تفريط، وإن بقى منهم واحد ، تعينت الوصية فيه ، لوجوده منفرداً، وإن قتلوا قبل موت الموصى ، بطلت الوصية ، لأنه جاء وقت الوجوب ، ولا رقيق له، وإن قتلوا بعد موته ، وجبت له قيمة واحد منهم، لأنه بدل ما وجب له ، وإن لم يكن له عبيد حين الوصية ، فاستحدث عبيداً ، احتمل صحة الوصية اعتباراً بحالة الموت ، واحتمل أن لا تصح ، لأن ذلك يقتضى من عبيده الموجودين حين الوصية .

فصل: وإن وصى بعتق عبد ، وله عبيد ، احتمل أن يجزئ عتق ما وقع عليه الاسم ، لعموم اللفظ ، واحتمل أن لا يجزئ ، إلا عتق رقبة تجزئ في الكفارة ، لأن للعتق عرفاً شرعياً ، فحملت الوصية عليه . وهل يعتق أحدهم بالقرعة ، أو يرجع إلى اختيار الورثة ؟ على وجهين . وإن عجز الثلث عن عتق رقبة كاملة ، عتق منها قدر

الثلث ، إلا أن يجيز الورثة عتق جميعه . وإن وصى بعتق عبيد ، فلم يخرج من الثلث إلا واحد، عتق واحد منهم بالقرعة. وإن وصى أن يشترى بثلثه رقاب يعتقون ، فأمكن شراء ثلاث رقاب بثمن رقبتين غاليتين ، فعتق الثلاثة أولى ، لأنه تخليص لثلاثة . وإن اتسع لرقبتين وبعض أخرى ، زيد في ثمن الرقبتين ، لأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب . فقال : « أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها »[1] وإن قال : أعتقوا أحد رقيقي ، جاز إعتاق الذكر والأنثى والخنثى ، لأنه أحد رقيقه ، وإن قال : أعتقوا عبداً من عبيدي ، لم يجزئهم عتق الأنثى ولا الخنثى المشكل ، لأنه لا يعلم كونه ذكراً ، ويجزئ عتق الخنثى المحكوم بذكوريته ، لأنه عبد ، وإن قال : أعتقوا أمة، لم تجزئهم إلا أنثى .

فصل : وإن قال : أعطوه شاة من غنمي ، فهو كالوصية بعبد من عبيده ، ويتناول الضأن والمعز . وهل يتناول الذكر ؟ فيه وجهان: أحدهما- يتناوله ، لأن الاسم يقع عليه لغة . والثاني- لا يتناوله ، لأنه لا يتناوله الاسم عرفاً . قال أصحابنا : ويتناول الصغيرة ، ويحتمل أن لا يتناولها ، لأنها لا تسمى شاة عرفاً، فإن لم يكن له إلا ذكران ، أو صغار ، لم يعط إلا من جنس ماله ، لأنه أضافه إليه ، فاختص به وإن قال : أعطوه جملاً ، لم يعط إلا ذكراً ، والبعير كالجمل ، لأنه في العرف مختص به . وقال أصحابنا : البعير كالإنسان ، يتناول الذكر والأنثى ، وإن قال : أعطوه ناقة ، لم يعط إلا أنثى ، وإن قال: أعطوه ثوراً ، فهو الذكر ، والبقرة هي الأنثى، وإن وصى له برأس من الإبل ، أو البقر ، أو الغنم ، جاز فيه الذكر والأنثى ، لأن ذلك اسم للجنس .

فصل : وإن أوصي له بدابة ، أعطى من الخيل ، والبغال ، والحمير ، لأن اسم الدابة يطلق على الجميع ، ويتناول الذكر والأنثى . وإن قال : من دوابي ، تعينت الوصية فيما عنده ، فإن قرن بها ما يصرفه إلى أحدها ، تعينت الوصية فيه ، فإذا قال

---

(١) رواه البخاري [٢٥١٨]، ومسلم [٨٤]، وابن ماجه [٢٥٢٣]، وأحمد (١٥٠/٥) من حديث أبي ذر رضي الله عنه .

أعطوه دابة يقاتل عليها ، فهى فرس ، وإن قال : ينتفع بنسلها ، خرج منها البغال وإن قال : أعطوه فرساً ، تناول الذكر والأنثى ، وإن قال : حصاناً ، فهو الذكر ، وإن قال : حجرة[1] ، فهو الأنثى، وإن قال : حماراً ، فهو ذكر ، وإن قال : أتاناً، فهى أنثى .

فصل : وإن وصى بكلب يباح اقتناؤه ، صحت الوصية، لأنه فيه نفعاً مباحاً ، وتقر اليد عليه ، والوصية تبرع ، فجازت فيه . وإن لم يكن له كلب ، أو لم يكن إلا كلب هرّاش ، لم تصح الوصية ، لأنه لا يمكن شراؤه ، وكلب الهراش لا يباح اقتناؤه . فإن كان له كلاب ينتفع بها ، فللموصى له واحد منها إلا أن تدل القرينة على واحد منها بعينه من صيد ، أو حفظ غنم ، فيدفع إليه ما دلت القرينة عليه . وإن وصى له بثلاثة أكلب لا مال له سواها ، ردت الوصية إلى ثلثها ، ويعطى واحداً منها بالقرعة فى أحد الوجهين ، وفى الآخر– يعطيه الورثة أيها شاءوا، وإن لم يكن له إلا كلب واحد ، أعطى ثلثه ، وإن كان للموصى مال ، ففيه وجهان: أحدهما– يدفع جميع الكلاب إلى الموصى له ، وإن قل المال ، لأن أقل المال ، خير من الكلاب الكثيرة، فأمضيت الوصية ، كما لو وصى له بشاة ، تخرج من ثلثه . والثانى– يدفع إليه ثلث الكلاب ، لأنه لا يجوز أن يكون للموصى شئ إلا وللورثة مثلاه، ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال ، لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

فصل : وإن وصى له بطبل من طبوله ، وله طبول حرب ، أعطى واحداً منها ، فإن لم يكن له إلا طبول لهو ، فالوصية باطلة ، لأنها وصية بمحرم ، وإن كان له طبل لهو وطبل حرب ، أعطى طبل الحرب ، لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به ، فهو كالمعدوم . فإن وصى له بعود من عيدانه ، وله عيدان للقسى والبناء ، أعطى واحداً منها ، وإن لم يكن له إلا عيدان لهو ، فالوصية باطلة ، لأنها وصية بمحرم ، وإن كان له عيدان للهو ولغيره ، ففيه وجهان: أحدهما– الوصية باطلة ، لأن العود

(١) الحِجْر: الفرس الأنثى، لم يدخلوا فيه الهاء لأنه اسم لا يشركها فيه المذكر، والجمع أحْجار، وحُجُورة وحجور. (اللسان).

بإطلاقه ينصرف إلى عود اللهو ، ولا تصح الوصية به ، والآخر- تصح الوصية، ويعطى عوداً مباحاً ، لأن الوصية تعينت فيه لتحريم ما سواه ، فأشبه ما لو وصى له بطبل ، وله طبل لهو ، وطبل حرب .

فصل : وإن وصى له بقوس وأطلق ، انصرف إلى قوس الرمي بالسهام ، لأنه الذي يفهم من إطلاق القوس ، فإن قال : قوس يرمى عليه ، أو يغزو به ، كان تأكيداً لذلك . وإن قال: يندف به ، أو يتعيش به ، انصرف إلى قوس الندف . وإن قال : قوساً من قسي وليس له إلا قسي ندف أو بندق ، أعطى واحداً منها ، لأن الوصية تعينت فيه بإضافتها إلى قسيه ، واختصاص قسيه بها . قال القاضي : ويعطى القوس بوتره ، لأنه لا ينتفع به إلا به ، فجرى مجرى جزئه ، ويحتمل أن يعطاه بدون الوتر ، لأن الاسم يقع عليه بدونه .

فصل : وإذا أوصى له بعبد ، ولآخر بباقي الثلث ، دفع العبد إلى صاحبه ، وتمام الثلث للآخر ، فإن لم يبق من الثلث شيء ، بطلت الوصية بالباقي ، لأنه لا باقي ههنا، فإن رد صاحب العبد وصيته ، فوصية الآخر بحالها ، فإن مات العبد بعد موت الموصي فكذلك ، ويقوّم العبد حال الموت . وإن مات قبل موت الموصي ، قوّمت التركة بدون العبد ، لأنه معدوم .

فصل : فإن وصى لرجل بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، ولثالث بالثلث ، فأجيز لهم ، قسم الثلثان بين الأوصياء على ما ذكر الموصي ، فإن كان الثلث مائة بطلت وصية صاحب الباقي ، وقسم الثلثان بين الآخرين نصفين ، وإن كان الثلث دون المائة ، فرد الورثة ، قسم الثلث بينهما بالحصة . فإذا كان الثلث خمسين ، قسم أثلاثاً ، لصاحب المائة ثلثاها ، وللآخر ثلثها ، وإن كان الثلث أكثر من المائة ، فلم يجز الورثة ، دفع إلى صاحب الثلث نصفه ، وفي باقيه وجهان: أحدهما- يقدم صاحب المائة بها ، فإن فضل عنها شيء دفع إلى صاحب الباقي ، وإلا فلا شيء له ، لأن حقه في الباقي بعد المائة ، فلا يأخذ شيئاً قبل استيفائها ، كالعصبة ، لا تأخذ شيئاً قبل تمام الفرض ، ويزاحم صاحب المائة لصاحب الباقي ، وإن لم يعطه شيئاً ،

كما يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب ، ولا يعطيه شيئاً . والثاني- أن السدس يقسم بين صاحب المائة ، وصاحب الباقي، على قدر وصيتهما ، فإذا كان الثلث مائتين ، أخذا مائة ، فاقتسماها نصفين ، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث ، لا من بعضه ، فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما يأخذه من جميعه ، كالوارث إذا زاحمهم أصحاب الوصايا . وإن بدأ فوصى لرجل بثلث ماله ، ثم وصى لآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث، ففيه وجهان: أحدهما- هي كالتي قبلها، لأنه إذا وصى بتمام الثلث بعد وصيته ، علم أنه لم يرد ذلك الثلث الموصى به ، وإنما أراد ثلثاً ثانياً ، فصارت كالتي قبلها. والثاني- أن الوصية بتمام الثلث باطلة ، لأن الثلث قد استوعبته الوصية الأولى ، فلا باقي له ، فيكون وجود هذه الوصية كعدمها .

فصل : إذا أوصى لرجل بمنفعة جارية ، ولآخر برقبتها ، صح ، ولصاحب المنفعة منافعها ، وأكسابها ، وله إجارتها ، لأنه عقد على منفعتها ، ولا يملك واحد منهما وطأها ، لأن الوطء إنما يكون في ملك تام ، وليس لواحد منهما ملك تام ، ولا يملك أحدهما تزويجها لذلك ، فإن اتفقا عليه جاز ، لأن الحق لا يخرج عنهما، والولي مالك الرقبة ، لأنه مالكها والمهر له ، لأنه بدل منفعة البضع التي لا يصح بذلها ، ولا الوصية بها ، وإنما هي تابعة للرقبة ، فتكون لمالكها . وقال أصحابنا: هو لمالك منفعتها ، لأنه بدل منفعة من منافعها ، فإن أتت بولد ، فحكمه حكمها، لأنه جزء من أجزائها ، فيثبت فيه حكمها ، كولد المكاتبة ، وأم الولد . وإن زنت ، فالحكم في المهر والولد على ما ذكرنا . وإن وطئت بشبهة ، فالحكم على ما ذكرنا ، والولد حر تجب قيمته يوم وضعه لمالك الرقبة في أحد الوجهين ، وفي الآخر- يشترى بها عبد يقوم مقامه . وإن قتلت ، وجبت قيمتها ، يشترى بها ما يقوم مقامها. وإن قتل ولدها الرقيق ، فكذلك ، لأن الواجب قائم مقام الأصل، فكان حكمه حكم الأصل . وإن احتاجت إلى نفقة ، احتمل أن تجب على مالك المنفعة، لأنه يملك نفعها على التأبيد ، فكانت النفقة عليه ، كالزوج . واحتمل أن تجب على مالك الرقبة ، لأنه ملك رقبتها ، فوجب عليه نفقتها ، كما لو كانت

زمنة. واحتمل أن تجب في كسبها ، لأنه تعذر إيجابها على كل واحد منهما ، فلم يبق إلا إيجابها في كسبها ، فإن لم يف كسبها ، ففي بيت المال ، فإن أعتقها صاحب الرقبة ، عتقت ، لأنه مالك لرقبتها ، وتبقى منافعها مستحقة لصاحب المنفعة يستوفيها في حال حريتها . وإن باعها ، احتمل أن يصح ، لأن البيع يقع على رقبتها وهو مالك لها ، واحتمل أن لا يصح لأن ما لا نفع له لا يصح بيعه ، كالحشرات . واحتمل أن يصح بيعها لمالك منفعتها دون غيره، لأنه يجتمع له رقبتها ونفعها بخلاف غيره. فإن وطئها أحد الوصيين، فمن حكمنا له بالمهر، لا مهر عليه، ومن لم يحكم له بالمهر، فهو عليه لصاحبه، ولا حد عليه، لأن له شبهة الملك فيها.

فصل : ومن أوصى له بشئ ، فتلف بعضه أو هلك ، فله ما بقي إن حمله الثلث . وإن وصى له بثلث ثلاثة آدر ، فهلك اثنتان ، فليس له إلا ثلث الباقية ، لأنه لم يوص له منها إلا بثلثها . وإن أوصى له بثلث عبد ، فاستحق ثلثاه فجميع الثلث الباقي للموصى له إذا حمله ثلث المال ، لأنه قد أوصى له بجميعه .

فصل: إذا أوصى بعتق مكاتبه، أو الإبراء مما عليه، اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته مكاتباً، أو مال كتابته، لأن العتق إبراء، والإبراء عتق، فاعتبر أقلهما، وألغى الآخر، فإن احتمله الثلث، عتق وبرئ، وإن احتمل الثلث بعضه كنصفه، عتق نصفه، وبقي نصفه على الكتابة. وإن لم يكن للموصي سوى المكاتب، عتق ثلثه في الحال، وبقي ثلثاه على الكتابة، فإن عجز رق، وإن أدى عتق. وإن قال: ضعوا عن مكاتبي أكثر ما عليه، وضع عنه النصف، وأدنى زيادة لأنه الأكثر. وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه، وضع عنه أكثر من نصفها لذلك. وإن قال: ضعوا عنه أكبر نجومه، وضع عنه أكثرها مالاً، وإن قال: ضعوا عنه أوسط نجومه وهي ثلاثة، وضع الثاني، وإن كانت خمسة، وضع الثالث، وإن كانت أربعة ، وضع الثاني والثالث، وعلى هذا القياس. فإن كانت أوسط في القدر وأوسط في المدة، وأوسط في العدد، فللوارث وضع أي الثلاثة شاء، لأن الأوسط يقع على الثلاثة. وإن قال: ضعوا عنه ما قل أو كثر، فللوارث وضع ما شاء، لأن الاسم يتناوله.

فصل : وإن وصى لرجل بمال الكتابة ، ولآخر برقبته ، صح . فإن أدى ، عتق وبطلت الوصية بالرقبة ، وإن عجز رق وكان لمالك الرقبة . وإن كانت الكتابة فاسدة ، فأوصى بما في ذمة المكاتب ، لم يصح ، لأنه لا شئ في ذمته. وإن وصى بما يقبض منه صحت الوصية ، لأنه أضافه إلى حال يملكه ، فصح ، كما لو وصى برقبة المكاتب إذا عجز . وإن وصى له برقبته ، صحت الوصية ، لأنه وصى بمملوكه.

فصل : وإذا قال : حجوا عنى بخمسمائة ، وهى تخرج من الثلث ، وجب صرفها كلها في الحج ، وليس للولى أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل، لأنه أطلق له التصرف في المعاوضة ، فاقتضى عوض المثل ، كالوكيل في البيع ، ويحج عنه من بلده ، لأن حج المستنيب من بلده ، وكذلك النائب . فإن فضل ما لا يكفى للحج من بلده ، أو كان الموصى به لا يكفى للحج من بلده فقال أحمد : يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته . وعنه : أنه يعان به في الحج فإن لم يمكن ذلك ، سقطت الوصية لتعذرها . فإن قال الموصى : حجوا عنى حجة بخمسمائة ، صرف جميع ذلك إلى من يحج حجة واحدة ، لأن الموصى قصد إرفاق الحاج بذلك ، وإن عين الحاج ، تعين . فإن أبى المعين الحج ، صرف إلى من يحج عنه بنفقة المثل ، والباقى للورثة . فإن قال المعين : أعطونى الزائد ، لم يقبل منه لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج ، فإذا لم يحج ، لم يستحق شيئاً . وإن لم يعين أحداً ، فللوصى صرفها إلى من يشاء ، لأنه فوض إليه الاجتهاد فيه . وإن قال الموصى : حجوا عنى حجة ، ولم يذكر المقدار ، لم يدفع إلى من يحج عنه إلا قدر نفقة المثل ، إلا أن لا يوجد من يحج بذلك ، فيعطى أقل ما يوجد من يحج به ، وكذلك إن قال : حجوا عنى ولم يذكر قدر ما يحج به ، ولا قدر الحج ، لم يحج لأكثر من حجة واحدة بقدر نفقة المثل ، لأنه اليقين .

فصل : وإذا أوصى ببيع عبده ، فالوصية باطلة ، لأنه لا نفع فيها ، وإن قال : بيعوه لفلان ، صحت الوصية ، لأنه قد يقصد نفع العبد بإيصاله إلى فلان ، أو

نفع فلان بإيصال العبد إليه ، فإن أبى الآخر شراءه ، بطلت الوصية . فإن قال : اشتروا عبد زيد بخمسمائة فأعتقوه ، فأبى زيد بيعه بخمسمائة ، أو بيعه بالكلية ، بطلت الوصية . وإن اشتروه بأقل ، فالباقي للورثة ، لأن المقصود قد حصل ، ويحتمل أن تكون الخمسمائة لزيد ، لأنه يحتمل أنه قصد محاباته بذلك ، فأشبه ما لو قال : يحج عني فلان بخمسمائة . وإذا أوصى بفرسه في سبيل الله ، وألف درهم ينفق عليه ، فمات الفرس ، فالألف للورثة ، لأن الوصية بطلت فيها ، لعدم مصرفها . وإن أنفق بعضها ، رد الباقي إلى الورثة .

باب
الرجوع في الوصية

يجوز الرجوع في الوصية ، لأنها عطية لم تزل الملك ، فجاز الرجوع فيها كهبة ما يعتبر قبضه قبل قبضه . ويجوز الرجوع فيها بالقول والتصرف ، لأنه فسخ عقد قبل تمامه ، فجاز بالقول والتصرف ، كفسخ البيع في الخيار . فإن قال : رجعت فيها ، أو فسختها ، فهو رجوع ، لأنه صريح فيه . وإن قال : هو حرام عليه كان رجوعاً ، لأنه لا يكون حراماً وهو وصية . وإن قال : لوارثي ، فهو رجوع ، لأن ذلك ينافي كونه وصية .

فصل : وإن قال : هو تركتي ، لم يكن رجوعاً ، لأن الموصى به من تركته وإن أوصى به لآخر ، لم يكن رجوعاً ، لاحتمال أن يكون ناسياً ، أو قاصداً للتشريك بينهما . وإن قال : ما وصيت به لفلان ، فهو لفلان ، كان رجوعاً، لأنه صرح برده إلى الآخر .

فصل : وإن باعه ، أو وهبه ، أو أعتقه أو وصى ببيعه ، أو هبته ، أو عتقه ، أو كاتبه، كان رجوعاً ، لأنه صرفه عن الموصى له . وإن دبره كان رجوعاً ، لأنه أقوى

من الوصية ، لكون عتقه يتنجز بالموت . وإن عرضه للبيع ، أو رهنه ، كان رجوعاً ، لأنه عرضه لزوال ملكه ، وفى الكتابة والتدبير والرهن وجه آخر ، أنه ليس برجوع ، لأنه لم يخرجه عن ملكه .

فصل : وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله ، لم يكن رجوعاً ، لأن الوصية بثلث ماله عند الموت ، لا بثلث الموجود . وإن زوجه أو أجره أو علمه صناعة ، لم يكن رجوعاً ، لأنه لا ينافى الوصية به . وإن وطئ الجارية ، لم يكن رجوعاً ، لأنه استيفاء منفعة أشبه الاستخدام . وإن غسل الثوب أو لبسه ، أو جصص الدار ، أو سكنها ، لم يكن رجوعاً ، لأنه لا يزيل الاسم ، ولا يدل على الرجوع . وإن جحد الوصية ، لم يكن رجوعاً ، لأنه عقد فلم يبطل بالجحود كسائر العقود ، ويحتمل أن يكون رجوعاً، لأنه يدل على إرادة الرجوع .

فصل : وإن وصى بطعام معين فخلطه بغيره ، كان رجوعاً ، لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه . وقال أبو الخطاب : ليس برجوع . وإن وصى بقفيز من صبرة ، ثم خلط الصبرة بأخرى ، لم يكن رجوعاً ، لأنه كان مشاعاً ، ولم يزل ، فهو باق على صفته .

فصل : وإن وصى بحنطة فزرعها أو طحنها ، أو بدقيق فخبزه ، أو بخبز فثرده ، أو جعله فتيتاً ، أو بشاة فذبحها ، أو بثوب فقطعه قميصاً ، أو بخشب ثم نجره باباً ، أو بقطن فغزله ، أو بغزل فنسجه، كان رجوعاً ، لأنه أزال اسمه وهيأه للانتفاع به . وقال أبو الخطاب : ليس برجوع ، لأنه لا يمنع التسليم أشبه غسل الثوب . وإن وصى له بقطن ، ثم حشى به فراشاً ، أو مسامير ، فسمر بها باباً ، أو بحجر فبناه فى حائط، كان رجوعاً ، لأنه شغله بملكه على وجه الاستدامة . وإن وصى له بعنب فجعله زبيباً ، ففيه وجهان: أحدهما– يكون رجوعاً ، لأنه أزال اسمه . والثانى– ليس برجوع ، لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له . وإن وصى بدار ثم هدمها ، كان رجوعاً فى أحد الوجهين . وفى الآخر– لا يكون رجوعاً ، بناء على ما إذا طحن الحنطة ، وإن انهدمت بنفسها فكذلك إذا زال اسمها ، وإن لم يزل اسمها ، فالوصية

له ثابتة فيما بقى، وفيما انفصل وجهان .

فصل : وإن وصى بأرض ثم زرعها، لم يكن رجوعاً ، لأنه لا يراد للبقاء وقد يحصد قبل الموت. وإن غرسها وبناها ، ففيه وجهان: أحدهما- يكون رجوعاً ، لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة . والثاني- لا يكون رجوعاً ، لأنه استيفاء منفعة أشبه الزراعة. وإن وصى له بسكنى داره سنة ، ثم أجرها فمات قبل انقضاء الإجارة ، ففيه وجهان: أحدهما- يسكن سنة بعد انقضاء مدة الإجارة ، لأنه موصى له بسنة. والثاني- تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الإجارة، وتبقى في الباقي.

باب
الأوصياء

لا تصح الوصية إلا إلى عاقل ، فأما المجنون والطفل ، فلا تصح الوصية إليهما لأنهما ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يجوز توليتهما على غيرهما ، ولا تصح الوصية إلى فاسق ، لأنه غير مأمون . وعنه : تصح ويضم إليه أمين يتحفظ به المال. وقال القاضي : هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية ، لأنه يثبت في الاستدامة ما لا يثبت في الابتداء . واختار القاضي : أنه إذا طرأ الفسق أزال الولاية، لأن هذه أمانة ، والفاسق ليس من أهلها . وقال الخرقي : إذا كان خائناً ، ضم إليه أميناً ، لأنه أمكن الجمع بين حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية ، ولا تصح وصية مسلم إلى كافر ، لأنه ليس من أهل الولاية على مسلم . وفي وصية الكافر ، إلى الكافر وجهان: أحدهما- يجوز ، لأنه يجوز أن يكون ولياً له ، فجاز أن يكون وصياً له ، كالمسلم . والثاني- لا يجوز ، لأنه أسوأ حالاً من الفاسق ، وتصح وصيته إلى مسلم ، لأن المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره .

فصل : وتصح وصية الرجل إلى المرأة ، لأن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة[١] ، ولأنها من أهل الشهادة ، فأشبهت الرجل ، وإلى الأعمى ، لأنه من أهل الشهادة والتصرف، فأشبه البصير ، وإلى الضعيف لذلك ، إلا أنه يضم إليه أمين يعينه ، وتصح وصية الرجل إلى أم ولده، نص عليه، لأنها حرة عند نفوذ الوصية . وقال ابن حامد : تصح الوصية إلى العبد ، سواء كان له أو لغيره ، لأنه يصح توكيله ، فأشبه الحر ، والمكاتب والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن، لأنهم عبيد . وفى الوصية إلى الصبى العاقل وجهان: أحدهما- تصح ، لأنه يصح توكيله ، فأشبه الرجل . والثانى- لا يصح ، لأنه ليس من أهل الشهادة ، فلا يكون وصياً ، كالفاسق .

فصل : وتعتبر هذه الشروط حال العقد فى أحد الوجهين ، لأنها شروط لعقد ، فاعتبرت حال وجوده ، كسائر العقود . والثانى- تعتبر حال الموت ، لأنه حال ثبوت الوصية ولزومها ، فاعتبرت الشروط فيها ، كالوصية له ، ولأن شروط الشهادة تعتبر عند أدائها ، لا عند محملها ، فكذلك ههنا . ولو كانت الشروط موجودة عند الوصية ، ثم عدمت عند الموت ، بطلت الوصية إليه ، لأنه يخرج بذلك عن كونه من أهل الولاية .

فصل : ويجوز أن يوصى إلى نفسين ، لما روى أن ابن مسعود رضي الله عنه كتب فى وصيته: إن مرجع وصيتى إلى الله ، ثم إلى الزبير وابنه عبد الله[٢] ، ولأنها استنابة فى التصرفات فجازت إلى اثنين ، كالوكالة . ويجوز أن يجعل التصرف إليهما جميعاً ، وإلى كل واحد منهما منفرداً ، لأنه تصرف مستفاد بالإذن ، فجاز ذلك فيه ، كالتوكيل . وإن جعله إلى كل واحد منهما ، فلكل واحد أن ينفرد بالتصرف

---

(١) سبق تخريجه (٢/٣٢٢).

(٢) **إسناده ضعيف.** رواه البيهقى (٦/٢٨٢) ، وابن سعد فى «الطبقات» (٢/١٥٢) ، وروواه ابن أبى شيبة (١١/١٧٥) مختصراً، كلهم من طريق عامر بن عبد الله بن الزبير، عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وإسناده ضعيف لانقطاعه، فإن عامر بن عبد الله لم يلق ابن مسعود وهو من الطبقة الرابعة، كما فى «التقريب» .

والحفظ . فإن ضعف أو فسق أو مات ، فالآخر على تصرفه ، ولا يقام غير الميت مقامه ، لأن الموصى رضى بنظر هذا الباقى . وإن جعل التصرف إليهما جميعاً ، أو أطلق الوصية إليهما ، لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف ، لأنه لم يرض بنظره وحده . وإن فسق أحدهما ، أو جن ، أو مات ، أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصى لم يرض بنظر أحدهما وحده، وليس للحاكم أن يفوض الجميع إلى الثانى لذلك . وإن ماتا معاً ، فهل للحاكم تفويض ذلك إلى واحد ؟ فيه وجهان: أحدهما- يجوز ، لأن حكم وصيتهما يسقط بموتهما ، فكان الأمر إلى الحاكم ، كمن لم يكن له وصى . والثانى- لا يجوز ، لأن الموصى لم يرض بنظر واحد . وإن اختلف الوصيان فى حفظ المال؛ جعل فى مكان واحد تحت نظرهما ، لأن الموصى لم يرض بأحدهما ، فلم يجز له الانفراد به ، كالتصرف . وإن أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد أخرجت الأول ، أو ما يدل على ذلك ، لما ذكرنا فى الوصية له .

فصل : ويجوز أن يوصى إلى رجل ، فإن مات فإلى آخر ، لأن النبى ﷺ قال -فى جيش مؤتة- « **أميركم زيد ، فإن قتل ، فأميركم جعفر ، فإن قتل ، فأميركم عبد الله بن رواحة** »[1] . والوصية فى معنى التأمير . ولو قال : أنت وصيى ، فإذا كبر ابنى ، فهو وصيى ، صح ، لأنه إذن فى التصرف ، فجاز مؤقتاً، كالتوكيل . ومن وصى إليه فى مدة ، لم يكن وصياً فى غيرها ، لذلك . وإذا أوصى إلى رجل وجعل له أن يوصى إلى من شاء ، جاز، وله أن يوصى إلى من شاء من أهل الوصية لأنه رضى باجتهاده وولاية من ولاه . وإن نهاه عن الإيصاء ، لم يكن له أن يوصى كما لو نهى الوكيل عن التوكيل . وإن أطلق ، ففيه روايتان: إحداهما- له أن يوصى ، لأنه قائم مقام الأب فملك ذلك كالأب . والثانية- ليس له ذلك . اختاره أبو بكر ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، لأنه يتصرف بالتولية ، فلم يكن له التفويض من

---

(١) رواه البخارى [٤٢٦١]، وابن حبان [٤٧٤١] من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: أمّر رسول الله ﷺ فى غزوة مؤتة زيد بن حارثة» ـ الحديث، ورواه النسائى فى «الكبرى» [٨٢٤٩]، وأحمد (٢٩٩/٥) من حديث أبى قتادة رضي الله عنه بلفظ: «**عليكم زيد بن حارثة**» ـ الحديث.

غير إذن فيه ، كالتوكيل .

فصل : وللوصي التوكيل فيما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه ، وهل له التوكيل فيما يتولاه بنفسه ؟ على روايتين بناءً على التوكيل.

فصل : ولا تتم إلا بالقبول ، لأنها وصية فلا تتم إلا بالقبول ، كالوصية له ، ويجوز قبولها وردها في حياة الموصي ، لأنه إذن في التصرف ، فجاز قبوله عقيب الإذن ، كالوكالة . ويجوز تأخير قبولها إلى بعد الموت ، لأنه نوع وصية ، فصح قبولها بعد الموت ، كالوصية له .

فصل : وللموصي عزل الوصي متى شاء ، وللوصي عزل نفسه متى شاء في حياة الموصي ، وبعد موته ، لأنه إذن في التصرف ، فملك كل واحد منهما فسخه كالوكالة . وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى : ليس للوصي عزل نفسه بعد موت الموصي ، لأنه غره بقبوله وصيته ، فعزل نفسه إضرار به ، والضرر مدفوع شرعاً .

فصل : إذا بلغ الصبي فاختلف هو والوصي في النفقة ، فالقول قول الوصي لأنه أمين ويتعذر عليه إقامة البينة عليها ، فإذا قال : أنفقت عليك كل سنة مائة ، فقال الصبي : بل خمسين ، فالقول قول المنفق ، إذا كان ما ادعاه قدر النفقة بالمعروف ، وإن كان أكثر ، ضمن الزيادة لتفريطه بها . وإن قال : أنفقت عليك منذ سنتين ، وقال الصبي : ما مات أبي إلا من سنة ، فالقول قول الصبي ، لأنه لم يثبت كون الوصي أميناً في السنة المختلف فيها ، والأصل عدم ذلك . وإن اختلفا في دفع المال إليه بعد بلوغه ، فالقول قول الوصي ، لأنه أمين في ذلك ، فقبل قوله فيه ، كالنفقة ، وكالمودع .

فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه فحكى الخَبْرِيُّ[1] عن أحمد أنه يعتق

---

(١) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الخبري الفرضي، تفقه على أبي إسحاق الشيرازي وبرع في الفرائض والحساب، توفي سنة ٤٧٦ هـ ببغداد (طبقات الشافعية للأسنوي – ٤٧١/١).

ويرث ، لأنه إن ملكهم بغير عوض فلم يضع في عتقهم شيئاً من ماله، فلم يحتسب وصية لهم ، كما لو ورثهم ، وإن ملكهم بعوض فلم يصل إليهم ، وإنما أتلفه المريض على ورثته ، فهو كما لو بنى به مسجداً . وقال القاضي فيما ملكه بعوض : إن خرج من الثلث عتق وورث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، وما ملكه بغير عوض عتق بكل حال.



كتاب
الفرائض

وهى علم المواريث، وقد أمر النبى ﷺ بتعلمها ، وحث عليها على الخصوص فروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلموها فإنه نصف العلم وهو ينسى ، وهو أول شئ ينزع من أمتى »[1] رواه ابن ماجه . فإذا مات المرء، بدئ بكفنه. وتجهيزه مقدماً على ما سواه ، كما يقدم المفلس بنفقته على غرمائه . ثم يقضى دينه ، لقول الله تعالى : ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]. قال على رضي الله عنه : إن النبى ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية[2] ولأن الدين تستغرقه حاجته ، فقدم ، كمؤنة تجهيزه . ثم تنفذ وصيته ، للآية ولأن الثلث بقى على حكم ملكه ليصرف فى حاجته ، فقدم على الميراث كالدين ، ثم ما بقى قسم على الورثة للآيات الثلاث فى سورة النساء.

فصل : وأسباب التوارث ثلاثة: رحم ، ونكاح، وولاء ، لأن الشرع ورد بالتوارث بها، فأما المؤاخاة فى الدين ، والنصرة ، وإسلام الرجل على يد الآخر ، فلا يورث بها، لأن هذا كان فى بدء الإسلام ثم نسخ ، بقوله تعالى : ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٦].

فصل : والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة : الابن ، وابنه وإن نزل ،

---

(١) **ضعيف.** رواه ابن ماجه [٢٧١٩]، والدارقطنى (٦٧/٤)، والحاكم (٣٣٢/٤)، والبيهقى (٢٠٩/٦)، من طريق حفص بن عمرو بن أبى العطاف، عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة رضي الله عنه به، وفيه حفص بن عمرو بن أبى العطاف وهو ضعيف، كما فى «التقريب»، والحديث ضعيف كما أشار الحافظ فى «التلخيص» (٧٩/٣)، والبوصيرى فى «الزوائد» [٩٦٤].

(٢) سبق تخريجه (٣٣٩/٢).

والأب، وأبوه وإن علا ، والأخ من كل جهة ، وابن الأخ إلا من الأم ، والعم ، وابنه كذلك، والزوج ، ومولى النعمة ومن النساء سبع : الأم ، والجدة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت ، والزوجة ، ومولاة النعمة . والمختلف في توريثهم أحد عشر صنفاً: ولد البنات ، وولد الأخوات ، وبنات الإخوة ، وبنو الإخوة من الأم ، والعمات ، والعم من الأم ، والأخوال ، والخالات ، وأبو الأم ، وكل جدة أدلت بأب بين أمين ، أو بأب أعلى من الجد ، فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوى الأرحام ، ويرثون عند عدم المجمع على توريثهم ، على ما سنذكره في بابه .

فصل : وينقسم الوارث إلى ذوى فرض ، وَعَصبة ، وذوى رحم ، فالرجال من المجمع عليهم ، كلهم عصبة ، إلا الزوج ، والأخ من الأم والأب والجد مع الابن. والنساء المنفردات عن إخوتهن ؛ ذوات فرض ، إلا مولاة النعمة ، والأخوات مع البنات. والفرض جزء مقدر ، والعصبة يرث المال كله إذا انفرد ، فإن كان معه ذو فرض ، بدئ به ، والباقي للعصبة ، لقول النبي ﷺ : « **ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقى فلأولى رجل ذكر** »[1] متفق عليه . وإن استغرقت الفروض المال ، سقط . فلو خلفت المرأة زوجاً ، وأماً ، وإخوة لأم ، وإخوة لأبوين أو لأب ، كان للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوة لأم الثلث ، وسقط الباقون ، لأن الله تعالى فرض هذه الفروض لأهلها ، فوجب دفعها إليهم ، وجعل للعصبة الباقي ، ولم يبق شئ . وهذه المسألة: المُشَرَّكة إذا كان الأخوة لأبوين ، لأن عمر رضي الله عنه شرك بين ولد الأم وولد الأبوين في الثلث[2]، وتسمى : الحمارية ، لأن بعض الصحابة قال : هب أباهم كان

---

(١) رواه البخارى [٦٧٤٦]، ومسلم [١٦١٥]، أبو داود [٢٨٩٨]، والترمذى [٢٠٩٨]، والنسائى فى «الكبرى» [٦٣٣١]، وابن ماجه [٢٧٤٠]، وأحمد (١/٢٩٢، ٣٢٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٢) **إسناده حسن.** رواه عبد الرزاق [١٩٠٠٥]، وابن أبى شيبة (١١/٢٥٥)، والدارمى [٦٥١]، والبيهقى (٦/٢٥٥)، والفسوى فى «التاريخ» (٢/٢٢٣)، من طريق معمر بن سماك بن الفضل، عن وهب بن منبه، عن الحكم بن مسعود الثقفى قال: قضى عمر بن الخطاب فى امرأة توفيت - الحديث. ورجاله كلهم ثقات سوى الحكم بن مسعود، وقال بعضهم: مسعود بن الحكم، سكت =

حماراً فما زادهم ذلك إلا قرباً[١]، ويقال : إن بعض ولد الأبوين قال ذلك لعمر وقد أسقطهم ، فشرك بينهم[٢]، ومذهب علي ﷺ على ما قلناه[٣] .

بَابُ
ذوي الفروض

وهم عشرة : الزوجان ، والأبوان ، والجد ، والجدة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت من كل جهة ، والأخ من الأم . فأما الزوج ، فله النصف إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن ، والربع إذا كان معه أحدهما ، وللزوجة والزوجات الربع مع عدم الولد وولد الابن ، والثمن مع أحدهما ، لقول الله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ [النساء: ١٢] . وولد الابن ولد ، بدليل قول الله تعالى: ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ [الأعراف:٢٦] و ﴿ يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ [البقرة:٤٠] والأربع

= عنه البخارى فى «التاريخ» (٣٣١/٢)، وابن أبى حاتم فى «الجرح والتعديل» (١٢٧/٣)، ووثقه ابن حبان (١٤٣/٤)، قال الذهبى فى «الميزان» فى ترجمة الحكم: هذا إسناد صالح.

(١) **ضعيف**. رواه الحاكم (٣٣٧/٤)، والبيهقى (٢٥٦/٦) من طريق أبى أمية بن يعلى الثقفى، عن أبى الزناد، عن عمرو بن وهب عن أبيه، عن زيد بن ثابت ﷺ فى الشركة قال: هبوا أن أباهم كان حماراً- الأثر. وإسناده ضعيف؛ فيه عمرو بن وهب، وأبوه لم أجد لهما ترجمة، وأبو أمية الثقفى وهو ضعيف، كما قال الدارقطنى، وابن حبان، والذهبى فى «الميزان»، وضعف إسناده الحافظ فى «التلخيص» (٨٦/٣).

(٢) لم أقف عليه مسنداً، وذكره الفقهاء فى مصنفاتهم غير مسند، وعزاه الحافظ فى «التلخيص» (٨٦/٣) إلى الطحاوى.

(٣) حسن. رواه ابن أبى شيبة (٢٥٩/١١)، وسعيد بن منصور [٢٢] والبيهقى (٢٥٥/٦) من طرق عن سليمان التيمى عن أبى مجلز عن على ﷺ أنه كان لا يشرك. وإسناده صحيح مرسلاً ورواه ابن أبى شيبة (٢٥٩/١١) من طريق الأعمش عن إبراهيم عن على به. وهو مرسل صحيح. ووصله ابن أبى شيبة (٢٥٨/١١)، والبيهقى(٢٥٧/٦) من طريق سفيان الثورى عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن على ﷺ به ورجاله ثقات غير عبد الله بن سلمة فإنه صدوق تغير حفظه كما فى «التقريب». قال البيهقى: هو عن على مشهور. اهـ. وقال فى «المعرفة» (١٤٩/٩) والصحيح عن على أنه لم يشرك. اهـ.

من النساء كالواحدة ، لعموم اللفظ فيهن .

فصل : وأما الأم ، فلها ثلاثة فروض : الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان فصاعداً من الأخوة والأخوات، والسدس إن كان له ولد أو ولد ابن أو اثنان من الإخوة والأخوات، لقول الله تعالى : ﴿ **وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ** ﴾ [النساء: ١١]. وقسنا الأخوين على الإخوة، لأن كل فرض تعين بعدد، كان الإثنان فيه بمنزلة الجماعة ، كفرض البنات والأخوات. الفرض الثالث : لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين ، في زوج وأبوين، وامرأة وأبوين ، لأن عمر رضي الله عنه قضى بهذه القضية ، فاتبعه عثمان ، وابن مسعود ، وزيد رضي الله عنهم[1] وتسمى هاتان المسألتان : العمريتين ، لقضاء عمر فيهما ، ولأن الفريضة جمعت الأبوين مع ذي فرض واحد ، فكان للأم ثلث الباقي ، كما لو كان معها بنت.

فصل : وللأم حال رابع ، وهو إذا لاعنها زوجها ونفى ولدها وتم اللعان بينهما، انتفى عنه ، وانقطع تعصيبه منه ، ولم يرثه هو ولا أحد من عصباته ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم ، والباقي لعصبته ، وفيه روايتان: إحداهما– أن عصبته عصبة أمه، لأن النبي ﷺ قال : « **ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر** » وأولى الرجال به، أقارب أمه، وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة ، دعا أولياءها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم[2]، حكاه أحمد . والرواية الثانية– أن أمه عصبته ، فإن لم تكن فعصبتها عصبته ، لما روى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال : « **تحرز المرأة ثلاثة مواريث** ،

---

(١) **صحيح**. رواه عبد الرزاق [١٩٠١٥]، وسعيد بن منصور (٣٧/١) والدارمي [٢٨٦٨]، والبيهقي (٢٢٨/٦) عن ابن مسعود قال: كان عمر إذا سلك بنا طريقاً وجدناه سهلاً، فإنه قال في زوج وأبوين للزوج النصف، وللأم ثلث ما يبقى. وصححه ابن حزم في المحلى (٢٦٠/٩)، وبمثل قضاء عمر، قضى عثمان، وابن مسعود، وزيد، كما ذكر المصنف، رواه عبد الرزاق [١٩٠١٦، ١٩٠١٧، ١٩٠١٩، ١٩٠٢١] والدارمي [٢٨٧٠، ٢٨٧٣، ٢٨٧٧] وسعيد بن منصور (٣٧/١، ٣٨) والبيهقي (٢٢٨/٦)، من طرق صحيحة عنهم. وصححها ابن حزم في «المحلى».

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٣٤٧/١١) عن عبد السلام، والدارمي [٣١٢٠] من طريق موسى بن محمد الأنصاري، كلاهما، عن الحارث بن حصيرة، عن زيد بن وهب، عن علي رضي الله عنه به. ورجاله ثقات سوى الحارث بن حصيرة فإنه صدوق يخطيء، كما في «التقريب».

عتيقها، ولقيطها، وولدها الذى لاعنت عليه»[1] قال الترمذى: هذا حديث حسن، ولأنها قامت مقام أبيه فى انتسابه إليها، فقامت مقامه فى حيازة ميراثه، فعلى هذه الرواية، لو مات ابن ابن الملاعنة وخلف أمه وجدته الملاعنة لكان لأمه الثلث والباقى لجدته. ويعايا بها، فيقال: جدة ورثت مع أم أكثر منها. وإن خلف ابن الملاعنة أمه وأخاه وخاله، فلأمه الثلث، ولأخيه السدس، وباقيه له، لأنه عصبة أمه فى إحدى الروايتين، والأخرى- الباقى للأم. وإن لم يكن أخ، فالباقى للخال على إحدى الروايتين.

فصل: وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث فيها بالفرض المجرد، وهى مع الابن أو ابنه يرث السدس، لقول الله تعالى: ﴿**وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ**﴾ [النساء:١١]. وحال يرث فيها بالتعصيب المجرد، وهى مع عدم الولد، لقوله تعالى: ﴿**فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ**﴾ [النساء: ١١] أضاف الميراث إليهما، ثم خص الأم منه بالثلث، دل على أن باقيه للأب. والحال الثالث- يجتمع له الأمران، السدس بالفرض، للآية. والباقى بالتعصيب لقول النبى ﷺ: «**ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر**»، وهى مع إناث الولد.

فصل: وللجد أحوال الأب الثلاثة، وإذا اجتمع مع الأم أحد الزوجين، فللأم الثلث كاملاً. وله حال رابع، وهى مع الإخوة من الأبوين، أو من الأب فإنه لا يسقطهم، لأنهم يدلون بالأب فلم يسقطهم، كأم الأب، ولكنه يقاسمهم، كأخ، ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث، فإن نقصته منه، بأن زاد الأخوة على اثنين، أو الأخوات على أربعة، فله الثلث، والباقى لهم. فإن كان معهم ذو فرض، أخذ فرضه، وجعل للجد الأحظ من ثلاثة أشياء: المقاسمة كأخ. أو ثلث الباقى لأن الفرض كالمستحق، فصار الباقى كجميع المال. أو سدس جميع المال، لأن ولد الصلب لا يمنعونه السدس، فولد الأب أولى، ولا يفرض للأخوات مع الجد، لأننا جعلناه كأخ فيعصب الأخت، كالأخ. ولا تعول مسائله لذلك إلا فى مسألة واحدة

(١) **حسن**. رواه أبو داود [٢٩٠٦]، والترمذى [٢١١٥]، والنسائى فى «الكبرى» [٦٣٦٠]، وابن ماجه [٢٧٤٢]، وأحمد (٣/٤٩٠)، والحاكم (٤/٣٤١). من طريق عمر بن رؤبة التغلبى، عن عبد الواحد بن عبد الله النصرى، عن واثلة بن الأسقع ﷺ به، وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات غير عمر بن رؤبة التغلبى فإنه صدوق كما فى «التقريب». قال الترمذى: حديث حسن غريب، وصححه الحاكم ووافقه الذهبى.

تسمى: الأكدرية ، لتكديرها أصول زيد، حيث أعال مسائل الجد، وفرض للأخت معه، وهى زوج وأم وأخت وجد، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس. ثم يفرض للأخت النصف ، لأنه لم يبق لها شئ ، ولا مسقط لها هاهنا، ثم يجمع سدس الجد ونصف الأخت ، فيقسم بينهما على ثلاثة ، لئلا تفضل الأخت الجد ، فتضرب الثلاثة فى المسألة وعولها ، وهى تسعة ، صارت من سبعة وعشرين ، للأم ستة ، وللزوج تسعة ، وللجد ثمانية ، وللأخت أربعة . ولو كانت أم وأخت وجد، فللأم الثلث ، والباقى بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، وتسمى الخرقاء ، لكثرة اختلاف الصحابة فيها . ولو كان مكان الأخت أخ ، كان المال بينهم أثلاثاً .

فصل فى المعادة : ولد الأب إذا انفردوا يقومون مقام ولد الأبوين فى مقاسمة الجد ، فإن اجتمعوا ، فإن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب ، لأن من حجب بولد الأبوين وولد الأب إذا انفردوا ، حجب بهما إذا اجتمعا ، كالأم ، وما حصل لولد الأب ، أخذه منهم ولد الأبوين ، لأنهم أولى بالإرث منهم ، ولا شئ لولد الأب إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة ، فيردون عليها قدر فرضها ، والباقى لهم . ولا يتفق هذا فى مسألة فيها فرض إلا أن يكون الفرض السدس . فإذا اجتمع أخوان من الجهتين ، وجد ، اقتسموا أثلاثاً ، ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه ، فإن كان مكان الأخوين أختان ، قسم أرباعاً ، ثم أخذت الأخت للأبوين ما حصل لأختها لتستكمل النصف. فإن كان مع التى من قِبَل الأب ، أخوها ، اقتسموا أسداساً ، ثم أخذت منهما تمام فرضها ، يبقى لهما السدس على ثلاثة ، وتصح من ثمانية عشر . فإن كان معهم أم ، فلها السدس ، وتفعل فيما بقى كما فعلت فى أصل المال ، فتصح من مائة وثمانية . وإن شئت فرضت للجد ثلث الباقى بعد السدس ، ولا ثلث له ، فتضرب ثلاثة فى ستة ، تكن ثمانية عشر ، للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت النصف تسعة ، يبقى سهم بين الأخ وأخته على ثلاثة تضربها فى ثمانية عشر ، تكن أربعة وخمسين ، وتسمى مختصرة زيد ، لاختصارها من مائة وثمانية إلى أربعة وخمسين. ولو كانت أم ، وجد ، وأخت لأبوين ، وأخوان ، وأخت لأب ، لصحت من تسعين وتسمى تسعينية زيد ، لصحتها من تسعين على مذهبه.

فصل: وللجدة السدس، وإن كثرن لم يزدن على السدس، شيئاً فرضاً، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال : جاءت الجدة إلى أبى بكر تطلب ميراثها ، فقال : مالك فى كتاب الله شئ ، وما أعلم لك فى سنة رسول الله ﷺ شيئاً ، ولكن ارجعى حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله ﷺ ، أعطاها السدس ، فقال: هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة ، فأمضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى . فقال عمر : مالك فى كتاب الله شئ ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا فى غيرك ، وما أنا بزائد فى الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذلك السدس فإن اجتمعتما ، فهو لكما ، وأيكما خلت به ، فهو لها[١] . قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . ولا يرث من الجدات أكثر من ثلاث : أم الأم ، وأم الأب ، وأم الجد . ومن كان من أمهاتهن وإن علت درجتهن ، فلهن السدس إذا تحاذين فى الدرجة ، لما روى سعيد بإسناده عن إبراهيم أن النبى ﷺ ورّث ثلاث جدات ، ثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم[٢] . قال إبراهيم : كانوا يورّثون من الجدات ثلاثاً ، وهذا يدل على أنه لا يرث أكثر من ثلاث ، وأجمع أهل العلم على أن أم أبى الأم لا ترث ، وكذلك كل جدة أدلت بأب بين أمين ، لأنها تدلى بغير وارث. قال الشعبى: إنما طرحت أم أبى الأم ، لأن أبا الأم لا يرث ، ولا ترث جدة تدلى بأب أعلى من الجد ، لأنها خارجة عن الثلاث اللاتى ورثهن رسول الله ﷺ ، ويحتمل كلام الخرقى توريثها ، لأنها تدلى بوارث. فإن كان بعض الجدات أقرب من بعض ، فالميراث لأقربهن ، لأن الجدات يرثن ميراث الأم ، ولذلك سقطن

---

(١) **صحيح.** رواه أبو داود [٢٨٩٤]، والترمذى [٢١٠١]، والنسائى فى «الكبرى» [٦٣٤٠]، وابن ماجه [٢٧٢٤]، وأحمد (٢٢٥/٤)، وابن الجارود [٩٥٩]، وابن حبان [٦٠٣١]، والحاكم (٣٣٨/٤)، والبيهقى (٢٣٤/٦). قال الترمذى (طبعة الهند ـ ١٨١/٣): هذا حديث حسن صحيح وهو أصح من حديث ابن عيينة. اهـ. وصححه الحاكم ووافقه الذهبى، وصحح إسناده الحافظ فى «التلخيص» (٨٢/٣).

(٢) **ضعيف.** رواه أبو داود فى «المراسيل» [٣٨١،٣٨٠] وسعيد بن منصور [٧٩]، والدارمى [٢٩٣٨]، والدارقطنى (٩١/٤)، والبيهقى (٢٣٦/٦) من حديث إبراهيم النخعى به، وهو حديث ضعيف لإرساله كما قال البيهقى، وإبراهيم هو ابن يزيد النخعى.

بها. فإذا اقترب بعضهن أُسقطت البعدى ، كما لو كانت القربى من جهة الأم. وعنه : أن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب ، والقربى من جهة الأب لا تسقط البعدى من جهة الأم ، لأنها تدلي بمن لا يسقطها ، وهو الأب فأولى أن لا تكون هي مسقطة لها . وترث الجدة وابنها حي ، سواء كان أباً أو جداً ، لما روى سعيد بن منصور بإسناده عن ابن مسعود رضي الله عنه : أن أول جدة أطعمت السدس، أم أب مع ابنها[1] . رواه الترمذي ، ولفظه قال : أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس الجدة مع ابنها ، وابنها حي[2] ، وعنه : لا ترث لأنها تدلي به ، فلا ترث معه، كالجد . والجدات المتحاذيات : أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب ، السدس بينهن أثلاثاً . فإن أدلت جدة بقرابتين ، وأخرى بقرابة واحدة ، فلذات القرابتين ثلثا السدس في قياس قول أحمد ، وللأخرى ثلثه ، لأنها شخص ذو قرابتين تورث بكل واحدة منهما منفردة ، فإذا اجتمعا ، ولم يرجح بهما ، ورث بهما ، كابن العم إذا كان أخاً لأم ، أو زوجاً.

فصل : فأما البنات ، فلهن الثلثان وإن كثرن ، وللواحدة إذا انفردت النصف لقول الله تعالى : ﴿ **فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ** ﴾ [النساء: ١١]. وحكم البنتين حكم ما زاد عليهما ، لما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أُحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ، ولا ينكحان إلا ولهما مال. قال: «**يقضي الله في ذلك**» ، فنزلت آية الميراث فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما

---

(١) **إسناده ضعيف**. رواه سعيد بن منصور [١١٠] عن سفيان، عن ابن أبي ليلى، عن الشعبي، عن ابن مسعود رضي الله عنه به. وإسناده ضعيف منقطع، الشعبي لم يسمع عن ابن مسعود، وابن أبي ليلى، صدوق سيئ الحفظ جداً، كما في «التقريب». ورواه الدارمي [٢٩٣٥] عن يزيد بن هارون، عن أشعث، عن ابن سيرين، عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: أول جدة أطعمت في الإسلام سهماً، أم أب، وابنها حي، وإسناده ضعيف منقطع، ابن سيرين لم يسمع من ابن مسعود، وأشعث هو ابن سوار، ضعيف كما في «التقريب».

(٢) **ضعيف**. رواه الترمذي [٢١٠٢]، والبيهقي (٦/٢٢٦) من طريق محمد بن سالم الهمداني، عن الشعبي، عن مسروق، عن ابن مسعود رضي الله عنه به، وإسناده ضعيف فيه محمد بن سالم الهمداني وهو ضعيف، كما في «التقريب»، والحديث ضعفه الترمذي، والبيهقي وابن عبد البر في «التمهيد» (١١/١٠٥) وعبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/٣٢٩).

فقال : « **أعط ابنتى سعد الثلثين وأعط أمهما الثمن ، وما بقى فهو لك** »[١] رواه أبو داود .

فصل : وبنات الابن كبنات الصلب سواء . إن لم يكن للميت ولد من صلبه ، للواحدة النصف ، وللثنتين فصاعداً الثلثان ، لأنهن بنات ، لأن كل موضع سمى الله فيه الولد دخل فيه ولد الابن . وإن كان من ولد الصلب بنت واحدة فلها النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر ، السدس تكملة الثلثين ، لأن الله تعالى لم يفرض للبنات إلا الثلثين ، وهؤلاء بنات، وقد سبقت بنت الصلب وأخذت النصف ، لأنها أعلى درجة منهن ، فكان الباقى لهن السدس، ولهذا يسميه الفقهاء تكملة الثلثين . وقد روى الهمزيل قال: سئل أبو موسى رضي الله عنه عن ابنة، وابنة ابن، وأخت، فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود رضي الله عنه فسئل ابن مسعود فقال: لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين. ثم قال: أقضى فيها بما قضى رسول الله ﷺ : للإبنة النصف، ولإبنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقى فللأخت[٢] رواه البخارى .

فصل : وللأخت للأبوين النصف ، وللأختين فصاعداً الثلثان ، لقول الله تعالى: ﴿ **إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ** ﴾ [النساء:١٧٦] . وحكم الأخوات من الأب إذا انفردن حكم الأخوات من الأبوين سواء ، لدخولهن فى لفظ الآية . وإن اجتمع الأخوات من الجهتين ، فحكم ولد الأب مع ولد الأبوين ، حكم بنات الابن مع بنات الصلب سواء ، لأنهن فى معناهن . فإن اجتمع الأخوات مع البنات ، صار الأخوات عصبة ، لهن ما فضل ، وليس لهن معهن فريضة مسماة ، لقوله

---

(١) **حسن.** رواه أبو داود [٢٨٩٢]، والترمذى [٢٠٩٢]، وابن ماجه [٢٧٢٠]، وأحمد (٣٥٢/٣)، والدارقطنى (٧٩/٣)، والحاكم (٣٣٣/٤)، والبيهقى (٢٢٩/٦)، من طريق عبد الله بن عقيل، عن جابر رضي الله عنه ، وإسناده حسن، فيه عبد الله بن محمد بن عقيل وهو صدوق فى حديثه لين، ويقال: تغير بآخرة كما فى «التقريب». قال الترمذى (طبعة الهند. ١٧٩/٣): حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم ووافقه الذهبى.

(٢) رواه البخارى [٦٧٣٦] بهذا اللفظ، وأبو داود [٢٨٩٠]، والترمذى [٢٠٩٣]، والنسائى فى الكبرى [٦٣٢٨] وابن ماجه [٢٧٢١]، وأحمد (٣٨٩/١).

تعالى : ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ [النساء: ١٧٦]. فشرط في فرضها عدم الولد ، فاقتضى ألا يفرض لها مع وجوده ، ولما ذكرنا من حديث الهزيل .

فصل : فأما ولد الأم ، فلواحدهم السدس ، ذكراً كان أو أنثى ، وللإثنين السدسان . فإن كثروا ، فهم شركاء في الثلث ، لقول الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ [النساء: ١٢]. يعني ولد الأم بإجماع أهل العلم. وفي قراءة عبد الله وسعد ﷺ: وله أخ أو أخت من أم .

باب
من يسقط من ذوي الفروض

تسقط بنات الابن، بالابن. ويسقطن باستكمال البنات الثلثين، إلا أن يكون معهن، أو أنزل منهن ذكر، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين. وابن ابن الابن يعصب من في درجته، ومن أعلى منه من عماته، وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض، ولا يعصب من أنزل منه. وإذا كان أربع بنات ابن، بعضهن أنزل من بعض، سقطت الثالثة والرابعة، لاستكمال من فوقهما الثلثين. فإن كان مع الرابعة أخوها، أو ابن عمها، فللأولى النصف، وللثانية السدس، والباقي للثالثة والرابعة وأخيها بينهم، على أربعة، وتصح من اثني عشر. وتسقط الجدات من كل جهة بالأم لأنهن يرثن من جهتها، لكونهن أمهات، فيسقطن بها كما يسقط الجد بالأب.

فصل : ويسقط ولد الأبوين بثلاثة : بالابن ، وابن الابن ، والأب ، لأن الله تعالى شرط في توريثهم عدم الولد ، بقوله سبحانه: ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ [النساء: ١٧٦]. فلم يجعل لها مسمى مع الولد ، وإنما

أخذت الفاضل عن البنات . والابن لا يفضل عنه شئ ، فسقطن به ، وكذلك ابنه ، لأنه ابن . ويسقطون بالأب ، لأنهم يدلون به ، وكل من أدلى بشخص ، سقط به ، إلا ولد الأم ، والجدة من جهة الأب . ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، لذلك ، وبالأخ من الأبوين ، لما روى عن على رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات، الرجل يرث أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه [(١)] أخرجه الترمذى . وتسقط الأخوات من الأب باستكمال الأخوات للأبوين الثلثين ، إلا أن يكون معهن أخ لهن ، فيعصبهن فى الباقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، كبنات الابن مع البنات .

فصل : ويسقط ولد الأم بأربعة: بالولد ذكراً كان أو أنثى، وولد الابن، والأب، والجد ، لأن الله تعالى شرط فى توريثهم كون الموروث كلالة ، والكلالة: من لا ولد له ولا والد فى قول بعض أهل العلم، وفى قول بعضهم: هو اسم لمن عدا الولد والوالد من الوارث ، فيدل على أنهم لا يرثون مع ولد ولا والد.

فصل : ومن لم يرث لمعنى فيه ، وهو الرقيق ، والقاتل ، والمخالف فى الدين لم يحجب غيره ، لأنه ليس بوارث ، فلم يحجب ، كالأجنبى . لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ [النساء:١١].

بَابُ
أصُولِ سِهَامِ الفَرائِضِ

الفروض المذكورة فى كتاب الله تعالى : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان والثلث ، والسدس ، وهى تخرج من سبعة أصول : أربعة لا تعول ، وثلاثة تعول ، لأن كل فرض انفرد ، فأصله من مخرجه . وإن اجتمع معه فرض من جنسه ،

---

(١) سبق تخريجه (٣٣٩/٢).

فأصلهما من مخرج أقلهما ، لأن مخرج الكبير داخل فى مخرج الصغير . وإن اجتمع معه فرض من غير جنسه ، ضربت مخرج أحدهما فى مخرج الآخر إن لم يتوافقا ، فما ارتفع ، فهو أصل لهما ، أو وفق أحدهما فى جميع الآخر إن توافقا ، فلذلك صارت الأصول سبعة ، النصف وحده من اثنين . والثلث أو الثلثان من ثلاثة. والربع وحده ، أو مع النصف من أربعة . والثمن وحده ، أو مع النصف من ثمانية . وهذه الأربعة التى لا تعول ، لأن العول فرع ازدحام الفروض ، ولا يوجد ذلك هاهنا. وإن اجتمع مع الفرض من غير جنسه ، كالنصف يجتمع مع أحد الثلاثة ، السدس ، أو الثلث ، أو الثلثان ؛ فأصلهما من ستة ، لأنك إذا ضربت مخرج النصف فى مخرج الثلث ، صار ستة ، ويدخل العول هذا الأصل ، لازدحام الفروض فيه . وإن اجتمع مع الربع أحد الثلاثة ، فأصلها من اثنى عشر ، لأنك إذا ضربت مخرج الربع فى مخرج الثلث ، أو وفق مخرج السدس ،كانت اثنتى عشرة . وإن اجتمع مع الثمن سدس ، أو ثلثان ، فأصلها من أربعة وعشرين ، لما ذكرنا . وتعول هذه الأصول الثلاثة . ومعنى العول : نقص الفروض لازدحامها وضيق المال عنها ، وقسمته بينهم على قدر فروضهم . وطريق العمل فيها ، أن تأخذ لكل ذى فرض فرضه من أصل مسألته ، ثم تجمع السهام كلها ، فتقسم المال عليها فيدخل النقص على كل ذى فرض بقدر فرضه، كما يصنع فى الوصايا الزائدة على الثلث ، وفى قسمة مال المفلس على ديونه . وهذا قول عامة الصحابة ﷺ ، إلا ابن عباس ﷺ .

فصل : وأصل الستة يتصور عوله إلى عشرة ، ولا تعول إلى أكثر منها ، ومثال العول: زوج وأخت لأبوين وأخت لأب ، أصلها ستة ، للزوج النصف ، ثلاثة ، وللأخت للأبوين ، ثلاثة ، وللأخت للأب ، السدس ، سهم، عالت إلى سبعة . فإن كان مكان الأخت للأب ، أم ، فلها الثلث ، وعالت إلى ثمانية ، وتسمى مسألة المباهلة ، لأنها أول مسألة عائلة حدثت فى زمن عمر ﷺ ، فجمع الصحابة للمشورة فيها، فقال العباس ﷺ : أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم ، وأخذ به عمر، واتبعه الناس على ذلك[1]، حتى خالفهم ابن عباس . فقال: من شاء باهلته .

---

(١) لم أجده مسنداً، وذكره الحافظ فى «التلخيص» (٣/٨٩) ثم قال: وهو مشهور فى كتب الفقه. اهـ.

أن المسائل لا تعول . إن الذى أحصى رمل عالج عدداً ، أعدل من أن يجعل فى مال نصفاً، ونصفاً، وثلثاً، هذان نصفان ذهبا بالمال، فأين موضع الثلث؟[١] زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات ، عالت إلى تسعة ، وتسمى الغراء . فإن كان الأخوات ستاً، عالت إلى عشرة ، وسميت أم الفروخ ، لكثرة عولها ، لأنها عالت بثلثيها ، فشبهوا أصلها بالأم ، والعول بالفروخ.

فصل : وأصل اثنى عشر ، تعول على الأفراد إلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ، وسبعة عشر ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك ، فتقول : فى زوج وأم وابنتين ، أصلها اثنا عشر ، وتعول إلى ثلاثة عشر ، فإن كان معهم أب ، عالت إلى خمسة عشر ، ثلاث زوجات ، وجدتان ، وأربع أخوات لأم ، وثمان لأب ، عالت إلى سبعة عشر ، ولكل واحدة سهم . وتسمى أم الأرامل . وأصل أربعة وعشرين ، تعول إلى سبعة وعشرين ، ولا تعول إلى أكثر منها ، وتسمى النجيلة ، لقلة عولها ، وتسمى : المنبرية، لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال : صار ثمنها تسعاً[٢] ، ومضى فى خطبته، يعنى: أنه كان للزوجة الثمن ، ثلاثة من أربعة وعشرين ، فصار لها ثلاثة من سبعة وعشرين ، وهى تسع .



(١) **حسن.** رواه الحاكم (٣٤٠/٤)، والبيهقى (٢٥٣/٦) من طريق محمد بن إسحق، عن الزهرى، عن عبيد الله بن عتبة بن مسعود، عن ابن عباس رضي الله عنهما به، ولكن دون لفظ: المباهلة، وإسناده حسن؛ فيه محمد بن إسحاق وهو صدوق يدلس، كما فى «التقريب»، وقد صرح بالتحديث. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبى، ورواه عبد الرزاق [١٩٠٢٢] مختصراً عن معمر عن الزهرى عن عبيد الله به، وإسناده صحيح رجاله ثقات. وأما المباهلة فقد وردت فى حديث رواه عبد الرزاق [١٩٠٢٤] عن معمر عن ابن طاووس، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنهما، وإسناده صحيح رجاله ثقات.

(٢) **ضعيف.** رواه البيهقى (٢٥٣/٦) من طريق شريك، عن أبى إسحق، عن الحارث، عن على رضي الله عنه ، وإسناده ضعيف؛ فيه شريك بن عبد الله القاضى وهو صدوق يخطئ كثيراً، والحارث بن عبد الله الأعور وهو ضعيف كما فى «التقريب»، ورواه ابن أبى شيبة (٢٨٨/١١) عن وكيع، عن سفيان، عن رجل لم يسمه، عن على رضي الله عنه وإسناده ضعيف أيضاً، لجهالة الرجل الذى لم يسم.

بَـابُ
تصحِيح المسَائِل

إذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة ، ضربت عددهم فى أصل المسألة، وعولها إن عالت ، فما بلغ ، فمنه تصح ، إلا أن يوافق عددهم سهامهم ، بجزء من الأجزاء ، فيجزئك ضرب وفق عددهم فى أصل المسألة وعولها. فإذا أردت القسمة ، فكل من له شئ من أصل المسألة مضروب فى العدد الذى ضربته فى المسألة وهو جزء السهم ، فما بلغ ، فهو له إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة ، قسمته عليهم ، وإن كان الكسر على فريقين ، أو أكثر متماثلة ، كثلاثة وثلاثة ، أجزأك ضرب أحدهما فى المسألة. وإن كانت متناسبة، وهو أن ينسب القليل إلى الكثير بجزء من أجزائه ، كثلثه أو ربعه ، مثل ثلاثة تسعة ، أجزأك ضرب أكثرها فى المسألة. وإن كانت متباينة كثلاثة وأربعة وخمسة ، ضربت بعضها فى بعض فما بلغ ، ضربته فى المسألة . وإن كانت متوافقة بجزء من الأجزاء ، كالنصف والثلث، وافقت بين عددين منها ، وضربت وفق أحدهما فى الآخر ، فما بلغ ، وافقت بينه وبين الثالث ، وضربت وفق أحدهما فى الآخر ، فما بلغ ، فهو جزء السهم ، يضرب فى المسألة . وطريق القسمة على ما تقدم .

بَـابُ
الـــرّد

إذا لم تستغرق الفروض المال ، وفضلت منه فضلة ، ولم يكن عصبة فالفاضل عن ذوى الفروض مردود عليهم على قدر سهامهم ، لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا

الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال:٧٥]. ولقول النبى ﷺ «من ترك مالاً فلورثته»[1] متفق عليه . إلا على الزوج والزوجة ، لأنهما ليسا من أولى الأرحام ، فلم يدخلوا فى قول الله سبحانه : ﴿وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وهذا يروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس ﷺ . وعن أحمد : أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ، ولا على الجدة مع ذى سهم ، لأنه قول ابن مسعود ﷺ ، والأول المذهب لعموم الأدلة ، ولأنه قول عمر وعلى وابن عباس ﷺ . وطريق العمل فى الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم ، وكلها تخرج من ستة إذ ليس فى الفروض ما يخرج عن الستة ، إلا الربع والثمن ، وليسا لغير الزوجين ، وليسا من أهل الرد ، فيجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم ، فيقسم المال عليها ، وينحصر ذلك فى أربعة أصول ، فإذا كان معك سدسان ، كجدة ، وأخ لأم ، فأصلها من اثنين . وإن كان ثلث وسدس ، كأم ، وأخ من أم ، فأصلها من ثلاثة. وإن كان نصف وسدس ، كابنة وابنة ابن ، فأصلها من أربعة. وإن كان نصف وثلث ، كأم وأخت ، أو ثلثان وسدس كأختين وأم ، أو نصف وسدسان ، كثلاث أخوات متفرقات ، فهى من خمسة ، ولا تزيد أبداً على هذا ، لأنها لو زادت سهماً لكمل المال ، فإن انكسر سهم فريق عليهم ضربت عددهم فى عدد سهامهم ، لأنه أصل مسألتهم ، فتقول فى ثلاث جدات وأخت : هى من أربعة، للجدات سهم على ثلاثة ، تضربها فى أربعة ، تكن اثنى عشر ، ومنها تصح .

فصل : فإن اجتمع مع أهل الرد أحد الزوجين ، أعطيته فرضه من أصل مسألته، ثم ضربت مسألته فى مسألة أهل الرد ، فما بلغ ، انتقلت إليه المسألة ، ثم تصحح بعد ذلك ، فتقول فى زوجة وبنت ، وبنت ابن ، وجدة : للزوجة الثمن من ثمانية ، ومسألة أهل الرد من خمسة ، تضربها فى ثمانية ، تكن أربعين ، للزوجة

---

(١) سبق تخريجه (١٣١/٢).

الثمن خمسة ، يبقى خمسة وثلاثون بين أهل الرد على خمسة ، فإن انكسر على بعضهم، ضربته في أربعين ، فما بلغ فمنه تصح .

باب
ميراث العصبة من القرابة

وهم كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى، وهم الأب والابن، ومن أدلى بهما من الذكور، فأحقهم بالميراث أقربهم، ويسقط به من بعدَ، لقول النبي ﷺ «ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» فأحقهم الابن وابنه وإن نزل، لأن الله تعالى بدأ بهم بقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ [النساء: ١١]. والعرب تبدأ بالأهم فالأهم. ثم الأب، لأن سائر العصبات يدلون به، ثم الجد أبو الأب، وإن علا، لأنه أب، ثم بنو الأب وهم الإخوة، ثم بنوهم، وإن نزلوا، ثم بنو الجد، وهم الأعمام، ثم بنوهم، وإن نزلوا، ثم بنو جد الأب، وهم أعمام الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا . وعلى هذا لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه، وإن نزلت درجتهم . وأولى ولد كل أب أقربهم إليه . فإن استوت درجتهم، فأولاهم من كان لأب وأم، لحديث علي ﷺ. وليس في فريضة يرث فيها العصبة عول ولا رد، لأن العصبة يأخذ المال كله إذا انفرد، لقول الله تعالى في الأخ: ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ [النساء: ١٧٦]. أضاف الميراث جميعه إليه . وإن كان معه ذو فرض، أخذ الباقي، لقول النبي ﷺ لأخي سعد بن الربيع: «أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك»[1]، وقوله عليه السلام: «وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وإن استغرقت الفروض المال، سقط، لأن حقه في الباقي، ولا باقي هاهنا.

---

(١) حسن. رواه الترمذي [٢٠٩٢]، وابن ماجه [٢٧٢٠]، من طريق عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر ﷺ به. وإسناده حسن رجاله ثقات غير ابن عقيل فإنه صدوق في حديثه لين.

فصل : وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم ، فيمنعونهن الفرض ، ويقتسمون ما ورثوا ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهم الابن ، وابنه ، والأخ من الأبوين ، أو من الأب ، لقول الله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ** ﴾ [النساء: ١١]. وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ** ﴾ [النساء: ١٧٦]. ومن عدا هؤلاء من العصبات ينفرد الذكور بالميراث، دون الإناث، كبنى الإخوة والأعمام وبنيهم ، لأن أخواتهم من أولى الأرحام.

فصل : وإن اجتمع فى شخص واحد سببان يقتضيان الإرث ، كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ من أم ، ورث بهما جميعاً ، فإن كان ابنا عم ، أحدهما أخ لأم ، فللأخ لأم السدس ، والباقى بينهما نصفان ، وإن كانوا ثلاثة ، بنى عم ، أحدهم زوج ، والآخر أخ لأم ، فللزوج النصف ، وللأخ السدس ، والباقى بينهم أثلاثاً ، لأن قرابة الأم يرث بها منفردة ، فلم يرجح بها ، كالزوجية .

بَابُ
المناسخات

إذا لم تنقسم تركة الميت الأول حتى مات بعض وُرَّاثه[1] ، فصحح مسألة الأول ثم صحح مسألة الثانى ، واقسم سهام الثانى من المسألة الأولى على مسألته ، فإن انقسمت ، صحت المسألتان مما صحت منه الأولى ، وإن لم تنقسم ، وافقت بينها وبين مسألته ، وأخذت وفق مسألته ، فضربته فى المسألة الأولى ، وإن لم يتوافقا ، ضربت مسألته كلها فى المسألة الأولى ، فما بلغ ، فمنه تصح المسألتان . فإذا أردت القسمة ، فكل من له شئ من الأولى مضروب فى الثانية ، أو فى وفقها ، وكل من

(١) جمع وارث. (المصباح).

له شئ من الثانية، مضروب فى السهام التى مات عنها الميت الثانى أو فى وفقها. فإن مات ثالث، صححت مسألته، وقسمت عليها سهامه من المسألتين. فإن انقسمت، صحت، وإلا ضربت مسألته، أو وفقها فيما صحت منه الأولتان، وتعمل على ما ذكرنا.

فصل : وإن خلف الميت تركة معلومة ، فانسب سهام كل وارث من المسألة ، وأعطه مثل تلك النسبة من التركة . فإن عز عليك ذلك ، فاقسم التركة على المسألة، فما خرج بالقسم ، فاضربه فى سهام كل وارث ، فما كان ، فهو نصيبه . فإذا خلفت المرأة زوجاً وأماً وأختاً ، وأربعين ديناراً ، فللأم ربع المسألة ، فلها ربع التركة عشرة ، وللزوج ربع وثمن ، فله خمسة عشرة ، وللأخت مثل ذلك . وإن قسمت الأربعين على المسألة ، فلكل سهم خمسة ، فإذا ضربت سهام كل وارث فى خمسة خرج مثل ما ذكرنا .

باب
ميراث الغرقى ومَن عَمِيَ موتهم

إذا مات متوارثان فلم يعلم أيهما مات قبل صاحبه ، ورث كل واحد منهما من صاحبه من تلاد[1] ماله ، دون ما ورثه من الميت معه ، لأن ذلك يروى عن عمر، على، وإياس بن عبد المزنى ﷺ ، فتقول فى أخوين غرقا ، وخلف كل واحد منهما زوجته ومولاه ، فيقدر أن الأكبر مات أولاً ، فللزوجة الربع ، والباقى لأخيه الأصغر ثم مات الأصغر عن ثلاثة أسهم ، فلزوجته الربع وباقيه لمولاه ، فتضرب أربعة فى أربعة ، تكن ستة عشر ، لزوجة الأكبر أربعة ، ولزوجة الأصغر ثلاثة ، يبقى تسعة لمولى الأصغر . ثم قدر أن الأصغر مات أولاً ، فلزوجته الربع ، وباقيه لأخيه الأكبر ثم

(١) كل مال قديم. (المصباح).

تعمل فيها عملك في الأولى ، فترث زوجة كل واحد منهما ربع مال زوجها ، وثمناً ونصف ثمن من مال أخيه ، ويرث مولى كل واحد منهما نصف مال أخي عتيقه ، ونصف ثمنه ، ولا يرث من مال عتيقه شيئاً . وقد روى عن أبي عبد الله، رحمه الله، فيما إذا ماتت امرأة وابنها ، وخلفت زوجاً وأخاً ، فقال زوجها : ماتت فورثناها ، ثم مات ابني فورثته . وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، ويكون ميراث الابن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ، وذكرها الخرقي، رحمة الله عليه، في «مختصره» . وهذا يدل على أنه لا يرث واحد منهما صاحبه، بل يقسم مال كل واحد منهما على الأحياء من ورثته ، دون من مات معه، لأن ذلك يروى عن أبي بكر الصدّيق وزيد ومعاذ وابن عباس والحسن بن علي ﷺ ، ولأنه لا يعلم أن أحدهما حي حين موت صاحبه، فلم يرثه، كالحمل إذا سقط ميتاً. ولو علم خروج روحيهما معاً، لم يرث أحدهما صاحبه ، لأن من شرط توريثه، كونه حياً حين موت الآخر.

باب
ميراث ذوي الأرحام

وقد ذكرناهم، ويرثون إذا لم يكن عصبة ، ولا ذو فرض من أهل الرد ؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٧٥]. روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « الخال وارث من لا وارث له »[١] قال الترمذي : هذا حديث حسن . وروى أبو عبيد بإسناده أن ثابت بن الدحداح مات ولم يخلف إلا

(١) **حسن**. رواه الترمذي [٢١٠٣]، وابن ماجه [٢٧٣٧]، وأحمد (١/٢٨)، وابن حبان [٦٠٣٧]، من طريق عبد الرحمن بن الحارث، عن حكيم بن حكيم، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، عن عمر رضي الله عنه به وإسناده حسن، فيه عبد الرحمن بن الحارث الزرقي وهو صدوق له أوهام، كما في «التقريب». قال الترمذي: حسن صحيح، وحسنه الحافظ في «الفتح» (١٢/٣٠).

ابنة أخ له ، فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه[١] ، وقسنا سائرهم على هذين .

وطريق توريثهم بالتنزيل ، أن تنزل كل واحد منهم منزلة من يدلي به من الوراث، فتجعل بنت البنت بمنزلة البنت ، وبنت بنت الابن بمنزلتها ، وبنات الإخوة بمنزلة آبائهن ، وبني الأخوات وبناتهن بمنزلة أماتهم ، والخال والخالة وأبا الأم بمنزلة الأم ، والعمات والعم من الأم بمنزلة الأب ، وعن أحمد رواية أخرى أنه: نزل العمة منزلة العم ، لأنه روى عن علي رضي الله عنه ، والأول أولى ، لما روى الإمام أبي عبد الله بإسناده عن الزهري : أن رسول الله ﷺ قال : « **العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب ، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم** »[٢] ، ولأن الأب أقوى جهاتها ، فتنزلت منزلته ، كما أن بنت الأخ تدلي بأبيها لا بأخيها ، وبنت العم تدلي بأبيها لا دون أخيها. وإذا انفرد ذو رحم ، ورث المال كله . وإن اجتمع منهم جماعة ، فأدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة ، فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه، فإن أسقط بعضهم بعضاً كأبي الأم والأخوال ، أسقطت الأخوال بأبي الأم ، لأن الأب يسقط الإخوة . وإن كان بعضهم أقرب من بعض ، سقط البعيد منهم ، كما يسقط بعيد العصبات بقريبهم ، وإن لم يسقط بعضهم بعضاً ، قسمت المال بينهم على حسب مواريثهم منه . فتقول في ثلاث عمات متفرقات : المال بينهن على خمسة ، لأنهن أخوات لأب ، فكان ميراثهن كميراث ثلاث أخوات متفرقات ، وإن كان ثلاث خالات متفرقات فكذلك ، لأنهن أخوات الأم .فإن اجتمع ثلاث خالات متفرقات، وثلاث عمات متفرقات، نزلت العمات أباً ، والخالات أماً ، فجعلت الثلث

---

(١) **ضعيف**. رواه البيهقي (٢١٥/٦)، من طريق أبي عبيد، عن عباد بن عباد، عن محمد بن إسحاق، عن يعقوب بن عتبة عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه واسع بن حبان أن ثابت بن الدحداح ـ الحديث، وإسناده ضعيف، فيه محمد بن إسحق وهو مدلس وقد عنعن، وواسع بن حبان مختلف في صحبته، والحديث أعله البيهقي بالإرسال.

(٢) **ضعيف**. ذكره ابن عبد البر في «الاستذكار» (٤٧٢/١٥) من طريق يزيد، عن الحجاج بن أرطأة، عن الزهري به مرسلاً. وفيه الحجاج وهو صدوق كثير الخطأ والتدليس، كما في «التقريب». قال ابن عبد البر: ليس بقوي. اهـ.

للخالات على خمسة، والباقى للعمات على خمسة ، فتجتزئ بإحدى الخمستين ، وتضربها فى ثلاثة ، تكن خمسة عشر ، للخالة التى من قبل الأبوين ثلاثة أسهم، وللخالة من قبل الأب سهم، وللخالة من قبل الأم سهم ، وللعمة من الأبوين ستة ، وللعمة من قبل الأب سهمان ، وللعمة من الأم سهمان . وإن كان ثلاثة أخوال متفرقين فللخال من الأم السدس ، والباقى للخال من الأبوين ، كثلاثة إخوة متفرقين

وإن كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة ، فالذكر والأنثى سواء ، لأنهم يرثون بالرحم المجرد ، فاستوى ذكرهم وأنثاهم ، كولد الأم . وعنه : أنهم يقتسمون للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنهم فرع على ذوى الفروض والعصبات ، فثبت فيهم حكمهم . وقال الخرقى : يفضل الخال على الخالة دون سائر ذوى الأرحام . وإن أدلى جماعة بجماعة ، فاقسم المال بين المدلى بهم على ما توجبه الفريضة ، فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به ، فإن سبق بعضهم إلى الوارث ، فهو أحق بالمال ، ويسقط به البعيد إن كانا من جهة واحدة . وإن كانا من جهتين ، نزلت البعيد حتى يلحق بوارثه ، سواء سقط به القريب ، أو لم يسقط ، فتقول فى بنت بنت بنت ، وبنت أخ ، لأم المال لبنت بنت البنت . والجهات أربع : الأبوة ، والبنوة ، والأخوة ، والأمومة ، فإن اجتمعت بنت أخ وعمة ، فالمال للعمة ، لأنها بمنزلة الأب ، وهو يسقط الأخ ، ومن نزلها عماً ، أسقطها ببنت الأخ ، لأن الأخ يُسقط العم. وإن اجتمع بنت أخت، وابن وبنت أخت أخرى، فللواحدة حق أمها النصف، وللأخرى وأخيها حق أمهما النصف، وإن أدلى ذو رحم بقرابتين، ورث بهما، فتقول فى بنت ابن أخ لأم، هى بنت بنت أخت لأب، وبنت بنت أخت لأبوين، للأولى الخمسان بقرابتيها، وللثانية ثلاثة أخماس، لأنهما بمنزلة ثلاث أخوات متفرقات. ولا تعول فى مسائل ذوى الأرحام إلا واحدة، وشبهها. وهى: خال، وبنات ست أخوات متفرقات.

فصل: ولا يرث ذو رحم ، مع ذى فرض ، ولا عصبة ، إلا مع الزوج ، لأن الرد أولى ، والزوج لا يرد عليه ، فإن اجتمع معهم زوج ، أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول ، وقسمت الباقى بينهم ، كما لو انفردوا ، فتقول فى زوج ، وبنت

بنت ، وبنت أخت : للزوج النصف ، والباقى بينهما نصفان . امرأة وابنتا بنتين ، وابنتا أختين ، للزوجة الربع ، ولبنتى البنتين ثلثا الباقى ، والباقى لبنتى الأختين.

بَابُ
مِيراث الخنثى

وهو الذى له ذكر وفرج امرأة فيعتبر بمباله ، لأنه قد جاء فى الأثر : يورث الخنثى من حيث يبول[1] ، ولأنها أعم علاماته ، لأنها توجد فى الصغير والكبير ، وقد أجرى الله تعالى العادة ، أن الذكر يبول من ذكره ، والأنثى من فرجها، فاعتبر ذلك، فإن بال من حيث يبول الرجل ، فهو ذكر ، وإن بال من حيث تبول المرأة ، فله حكم المرأة . فإن بال منهما ، اعتبر بأسبقهما . وإن خرجا فى حال واحدة ، اعتبر أكثرهما لأن الأكثر أقوى فى الدلالة . فإن استويا ، فهو مشكل . فإن مات له من يرثه ، أعطى هو ومن معه اليقين ، ووقف الباقى حتى يبلغ فينكشف الأمر ، بأن يظهر فيه علامات الرجال ، من خروج المنى من ذكره ، ونبات اللحية أو علامات النساء ، من تفلك الثدى ، والحيض ، والحمل ، فإن يئس من ذلك ، فله نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى . فإذا اجتمع ابن وبنت وولد خنثى ، فللذكر أربعة أسهم ، وللخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان ، لأنه يحصل بهذا العمل نصف ميراث الذكر ، ونصف ميراث الأنثى . فإن كان مكان الابن أخ ، أو غيره من العصبات ، فله السدس ، والباقى بين الخنثى والبنت على خمسة . وقال أصحابنا : تعمل المسألة

---

(١) **إسناده ضعيف** رواه ابن عدى فى «الكامل» (٢١٣١/٦) والبيهقى (٢٦١/٦) من طريق محمد بن السائب الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس ﷺ مرفوعاً به. وإسناده ضعيف فيه الكلبى وهو متهم بالكذب ورمى بالرفض كما فى «التقريب» والكلبى وشيخه أبو صالح لا يحتج بهما كما قال البيهقى، والحديث ضعفه ابن عدى وعبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (٣٣٢/٣) والنووى فى «المجموع» (٥٢/٢). وقد رواه سعيد بن منصور [١٢٦]، والدارمى [٢٩٧٠] من طريق الشعبى عن على ﷺ موقوفاً به وإسناده صحيح مرسلاً الشعبى لم يسمع من على ﷺ إلا حرفاً كما قال الدارقطنى فى «العلل» (٩٧/٢).

على أنه ذكر ثم على أنه أنثى ، ثم تضرب إحداهما فى الأخرى إن تباينتا ، أو وفق إحداهما فى الأخرى إن اتفقتا ، أو تجتزئ بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكبرهما إن تناسبتا ، وتضرب ذلك فى اثنين ، فما بلغ ، فمنه تصح . ثم كل من له شئ من إحداهما ، مضروب فى الأخرى ، أو فى وفقها ، أو تجمع ماله منهما إن تماثلتا ، فتعطيه إياه ، ففى هذه المسألة إن قدرناه ذكراً ، فهى من خمسة ، وإن قدرناه أنثى فهى من أربعة تضرب أربعة فى خمسة ، تكن عشرين . ثم فى الحالين تكن أربعين، فللابن اثنان فى خمسة ، واثنان فى أربعة ، ثمانية عشر ، وللبنت تسعة ، وللخنثى سهم فى خمسة ، وسهمان فى أربعة ، ثلاثة عشر ، لأن للابن الخمسين بيقين ، وذلك ستة عشر ، وللبنت الخمس بيقين ، ثمانية ، وللخنثى الربع بيقين ، عشرة ، فذلك أربعة وثلاثون ، يبقى ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها ، ليتم له سهم ذكر ، ويدعى الابن ثلثيها ليتم له النصف ، والبنت تدعى ثلثها ، ليتم لها الربع ، فقسمناها بينهم على حسب دعاويهم ، للخنثى نصفها ثلاثة ، وللابن سهمان ، وللبنت سهم . فإن كانا خنثيين ، نزلتهم على عدد أحوالهم ، فتجعل لهما أربعة أحوال فى أحد الوجهين ، وفى الآخر تنزلهم حالين ، مرة ذكوراً ، ومرة إناثاً ، والأول أصح ، لأنه يعطى كلاً بحسب ما فيه من الاحتمال ، وعلى الطريق الثانى : يفضى إلى حرمان من يحتمل الاستحقاق . ألا ترى أنه لو اجتمع بنت وولد خنثى وولد ابن خنثى وأخ ، فنزلتهم حالتين ، لم تعط ولد الابن شيئاً ، ومن المحتمل أن يكون ذكراً وحده ، فيكون له الباقى بعد البنتين ، وعلى هذا تنزل الثلاثة ، ثمانية أحوال، ولأربعة ستة عشر ، والخمسة اثنان وثلاثون .

* * *

بَابُ
مِيراثُ الحَمْلِ

إذا مات عن حمل يرثه، فطالب بقية الورثة بالقسمة، وقف نصيب اثنين ذكرين، إن كان ميراث الذكور أكثر، أو ابنتين إن كان ميراثهما أكثر، لأن ما زاد على اثنين نادر جداً، فلم يلتفت إليه كاحتمال الحمل فى الآيسة، ويدفع إلى كل وارث اليقين. فإذا وضعت الحمل، دفع إليه نصيبه، ورد الفضل على من يستحقه. وإن وضعته ميتاً، لم يرث، لأننا لا نعلم أنه كان حياً حين موت موروثه، وإن وضعته فاستهل، ورث، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا استهل المولود ورث»[1] رواه أبو داود وظاهر كلام أحمد أنه لا يرث حتى يستهل، وهو الصوت ببكاء أو عطاس أو نحوه، لتقييده فى الحديث بالمستهل، ويحتمل أن يلحق بذلك كل من علمت حياته بارتضاع أو نحوه، لأنه ولد حيا، فأشبه المستهل. فأما الحركة والاختلاج[2]، فلا تدل على الحياة فإن اللحم يختلج، سيما إذا خرج من ضيق إلى سعة. وإن خرج بعضه فاستهل، ثم انفصل باقيه ميتاً لم يرث، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا وهو حى. وإن كانوا توأمين، فاستهل أحدهما، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة، حكم بأنه المستهل. ولا يرث حمل إلا أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت، بأن تلده لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج، أو لأقل من أربع سنين إن كانت بائناً.

---

(١) **صحيح**. رواه أبو داود [٢٩٢٠]، ومن طريقه البيهقى (٢٥٧/٦) من طريق محمد بن إسحاق، عن يزيد بن عبد الله بن قسيط، عن أبى هريرة رضي الله عنه به، فيه محمد بن إسحق وهو صدوق يدلس وقد عنعنه. ويشهد له حديث أبى الزبير عن جابر رضي الله عنه مرفوعاً أخرجه الترمذى [١٠٣٢]، وابن ماجه [١٥٠٨، ٢٧٥٠] وابن حبان [٦٠٣٢]، والحاكم (٣٤٩/٤) وصححه ووافقه الذهبى. وحديث سعيد ابن المسيب، عن جابر والمسور بن مخرمة رضي الله عنهما أخرجه ابن ماجه [٢٧٥١]، وإسناده صحيح رجاله ثقات.

(٢) الاضطراب. (المصباح).

باب
ما يمنع الميراث

ويمنع الميراث ثلاثة أشياء : اختلاف الدين، فلا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً بحال ، لما روى أسامة ﵁ عن النبى ﷺ أنه قال : **« لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر »**[1] متفق عليه . والمرتد لا يرث أحداً ، لأنه ليس بمسلم ، فيرث المسلمين ، ولا يثبت له حكم الدين الذى انتقل إليه ، فيرث أهله ، ولا يرثه أحد لذلك، وماله فئ. وعنه: يرثه ورثته من المسلمين. وعنه: يرثه أقاربه من أهل دينه الذى اختاره. وعنه فى الميراث بالولاء روايتان: إحداهما– يرث الرجل عتيقه وإن اختلف ديناهما ، لأن الولاء شعبة من الرق، واختلاف الدين لا يمنع الرجل أخذ مال رقيقه إذا مات. والثانية– لا يرث مع اختلاف الدين، لعموم الخبر، ولأنه نوع توارث، فمنعه اختلاف الدين كغيره، ولأنه مانع من الإرث، فمنع الإرث بالولاء، كالقتل .

فصل : ومن أسلم على ميراث قبل أن يقسم ، قسم له ، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : **« من أسلم على شئ فهو له »**[2] أخرجه سعيد. وعنه: لا يقسم له، لأن المانع من الإرث وجد حين وجود السبب، وهو الموت، فمنع من الإرث كالرق، ومن كان رقيقاً حين موت موروثه ، فعتق بعده ، لم يرث، لأن العتق ليس من فعله ولا هو قربة للمعتق، بخلاف إسلامه. ولو ملك ابن عمه ، فدبره ، فعتق بموته، لم

---

(١) رواه البخارى [٦٧٦٤]، ومسلم [١٦١٤]، وأبو داود [٢٩٠٩]، والترمذى [٢١٠٧]، والنسائى فى «الكبرى» [٦٣٧١]، وابن ماجه [٢٧٢٩]، وأحمد (٢٠١/٥).

(٢) **حسن.** رواه سعيد بن منصور فى «السنن» [١٨٩] عن عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير مرسلاً. وإسناده صحيح كما قال ابن عبد الهادى فى «التنقيح» (نصب الراية – ٤١٠/٣)، والحافظ فى «الدراية» (١٢١/٢). ووصله البيهقى (١١٣/٩) وأبو يعلى [٥٨٤٧] وابن عدى فى «الكامل» (٢٦٤٢/٧) من طريق مروان بن معاوية عن ياسين بن معاذ الزيات عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة ﵁ مرفوعاً به وإسناده ضعيف فيه ياسين بن معاذ وهو ضعيف كما فى «المغنى» للذهبى «والمجروحين» لابن حبان. وضعف إسناده الحافظ فى «الدراية» ووصله أيضاً ابن عساكر فى «تاريخ دمشق» (٤٠٨/٢) من طريق سليمان بن أبى كريمة عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس ﵄ به. وإسناده ضعيف فيه سليمان بن أبى كريمة وهو لين صاحب مناكير كما فى «المغنى» للذهبى ووصله البيهقى (١١٣/٩) من طريق ليث بن أبى سليم عن علقمة عن سليمان بن بريدة عن أبيه مرفوعاً بنحوه وإسناده ضعيف فيه ليث بن أبى سليم وهو صدوق اختلط جداً ولم يتميز حديثه فترك كما فى «التقريب». والحديث حسن بجموع طرقه.

يرثه، لأنه رقيق حين الموت. فإن قال: أنت حر في آخر حياتي، عتق وورث، لأنه حر حين الموت، ويحتمل أن لا يرث، لأن عتقه وصية له، فيفضي إلى الوصية للوارث.

فصل: ويرث الكفار بعضهم بعضاً، وإن اختلفت أديانهم في إحدى الروايتين والأخرى: لا يرث أهل ملة أهل ملة أخرى، لما روى عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يتوارث أهل ملتين شتى**»[1] رواه أبو داود. ولأن الموالاة منقطعة بينهم، فأشبه اختلافهم بالكفر والإسلام. قال القاضي: والكفر ثلاث ملل، اليهودية ملة، والنصرانية ملة، ودين من عداهم ملة، لاجتماعهم في عدم الكتاب. قال: وقياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً، ولا ذمي حربياً، لأنه لا موالاة بينهما، ويحتمل أن يتوارثا، لأنهما من أهل ملة واحدة.

فصل: وإذا أسلم المجوس، أو تحاكموا إلينا، ورثوا بجميع قراباتهم إذا أمكن ذلك، لأنهما قرابتان، يرث بكل واحدة منفردة ولم يرجح بهما، فورث إذا اجتمعا، كابن عم هو زوج، أو أخ لأم. فلو تزوج مجوسي بنته، فأولدها بنتاً، ثم مات وخلف أختاً، فلابنتيه الثلثان، والباقي لأخيه. فإن ماتت بعده الكبرى، فمالها لابنتها، نصفه بكونها بنتاً، وباقيه بكونها أختاً من أب. وإن ماتت الصغرى قبل الكبرى، فللكبرى الثلث بكونها أماً والنصف بكونها أختاً، وباقيه لعمها. فإن كان أولدها بنتين، ثم مات، ثم ماتت إحدى الصغيرتين. فلأختها لأبويها النصف، ولأمها السدس بكونها أماً، والسدس بكونها أختاً لأب، وحجبت نفسها بنفسها، والباقي لعمها، ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم، وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا، ولذلك لم يورث بنت المجوسي الذي تزوجها، منه شيئاً بالزوجية.

فصل: الثاني من الموانع الرق، فلا يرث العبد قريبه، ولا يورث، لأنه لا ملك

---

(١) **حسن**. رواه أبو داود [٢٩١١]، وابن ماجه [٢٧٣١]، وأحمد (١٧٨/٢)، والدارقطني (٧٥/٤)، والبيهقي (٢١٨/٦)، من طريق حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده به. وإسناده حسن، حبيب المعلم صدوق، وعمرو وأبوه كلاهما صدوق أيضاً كما في «التقريب»، وصحح الحافظ في «الفتح» (٥١/١٢) إسناده إلى عمرو، ويشهد له حديث أسامة بن زيد الذي سبق تخريجه قبل حديثين.

له فيورث . وإن ملك ، فملكه ضعيف يرجع إلى سيده ببيعه ، لقوله عليه السلام: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[١] فكذلك بموته ، ولا يرث ، لأنه لو ورث شيئاً ، لكان لسيده ، فيكون التوريث لسيده دونه.

فصل : ومن بعضه حر ، يرث ويورث ، ويحجب بقدر ما فيه من الحرية ، لما روى عبد الله بن الإمام أحمد بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق نصفه : «يرث ويورث على قدر ما عتق منه»[٢] ولأن هذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنه، فينظر ما له مع الحرية الكاملة ، فيعطيه منه بقدر ما فيه، ويحجب بقدر ذلك، فتقول في بنت نصفها حر ، وأم حرة ، وعم : للبنت الربع ، لأنه نصف ما تستحقه بالحرية الكاملة ، وللأم الربع لأن حرية البنت تحجبها عن السدس ، فنصف حريتها يحجبها عن نصفه ، والباقي للعم . فإن كان نصف الأم حراً ، فلها الثمن ، لأنه نصف ما تستحقه بالحرية الكاملة ، والباقي للعم . وإن شئت عملتها بالأحوال ، كمسائل الخناثى ، فتقول : لو كانتا حرتين ، فالمسألة من ستة ، ولو كانت الأم وحدها حرة ، كانت من ثلاثة ، وإن كانت البنت وحدها حرة ، كانت من اثنين ، وإن كانتا رقيقتين ، فهي من سهم ، فتجزئ بالستة ، لأن سائر المسائل داخلة فيها ، وتضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين ، للبنت النصف في حالين ، وذلك ستة ، وهو الربع ، وللأم الثلث في حال ، والسدس في حال ، وذلك ثلاثة ، وهو الثمن ، والباقي للعم .

فصل : الثالث من الموانع : قتل الموروث بغير حق، يمنع القاتل ميراثه عمداً كان أو خطأ، لما روى عن عمر رضي الله عنه : أنه أعطى دية ابن قتادة المُدْلجيِّ لأخيه دون أبيه، وكان حذفه بسيف فقتله . وقال عمر رضي الله عنه : سمعت رسول الله ﷺ يقول:

---

(١) سبق تخريجه (٢/٥٤).

(٢) **صحيح.** رواه الترمذي [١٢٥٩]، وأبو داود [٤٥٨١]، وأحمد (١/٣٦٩)، والحاكم (٢/٢١٨)، والبيهقي (١٠/٣٢٥) بألفاظ متقاربة بنحو لفظ المصنف، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، وصححه ابن حزم في «المحلى» (٩/٢٢٧).

«ليس لقاتل شيء»[1] رواه مالك في «موطأه». ولأن توريث القاتل ربما أفضى إلى قتل الموروث استعجالاً لميراثه، فكل قتل يضمن بقتل، أو دية، أو كفارة، يمنع الميراث لذلك، وما لا يضمن كالقصاص والقتل في الحد، لا يمنع، لأنه فعل مباح، فلم يمنع الميراث، كغير القتل، ولأن المنع في العدوان كان حسماً لمادة العدوان، ونفياً للقتل المحرم، فلو منع هاهنا، لكان مانعاً من استيفاء القصاص الواجب، والحق المباح استيفاؤه. وعنه: لا يرث العادلُ الباغي إذا قتله. وهذا يدل على أن كل قتل يمنع الميراث، لعموم الخبر، والأول أظهر في المذهب.

باب

ذكر الطلاق الذي لا يمنع الميراث

إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً، لم ينقطع التوارث بينهما ما دامت في العدة، سواء كان صحيحاً، أو مريضاً، لأن الرجعية زوجة، وإن أبانها في صحته انقطع التوارث بينهما، لزوال الزوجية التي هي سبب التوارث، وكذلك إن كان في مرض غير مرض الموت، لأن حكمه حكم الصحة، وإن أبانها في مرض موته باختيارها، بأن سألته الطلاق، أو علق طلاقها على فعل لها منه بد، ففعلته، انقطع التوارث لزوال الزوجية بأمر لا يتهم فيه، وكذلك إن علق طلاقها في صحته على شرط وجد في مرضه، لم ترثه لذلك. وعن أحمد: أنها ترثه في هذه المسائل الثلاث لأنه طلاق في مرض موته. ولو طلقها في مرضه وهي أمة، أو كافرة، فأسلمت أو عتقت، لم ترث، لأنه لا يتهم في طلاقها. وإن أبانها في مرض موته على غير ذلك، لم يرثها، وورثته ما دامت في العدة، لما روى أن عثمان رضي الله عنه ورّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من

(١) حسن. رواه النسائي في «الكبرى» [٦٣٦٨]، وابن ماجه [٢٦٤٦]، وأحمد (١/ ٤٩)، ومالك (ص: ٤٥٠)، والبيهقي (٦/ ٢١٩)، من طريق عمرو بن شعيب عن عمر رضي الله عنه به. وإسناده ضعيف لانقطاعه عمرو بن شعيب لم يدرك عمر رضي الله عنه ورواه الدارقطني (٤/ ٩٥)، من طريق محمد بن سليمان ابن أبي داود عن عبد الله بن جعفر عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه بنحوه. وإسناده ضعيف فيه عبد الله بن جعفر والد على بن المديني وهو ضعيف كما في «التقريب». ورواه أحمد (١/ ٤٩)، من طريق ابن إسحق عن عبد الله بن أبي نجيح وعمرو بن شعيب كلاهما عن مجاهد بنحوه وإسناده منقطع. ورواه عبد الرزاق [١٧٧٧٨]، عن معمر عن الزهري عن سليمان بن يسار عن عمر نحوه وهو مرسل سليمان بن يسار كان مولده سنة ٢٧هـ، وهو أحمد الفقهاء السبعة. والحديث له شواهد من حديث عبد الله بن عمرو، وأبي هريرة، وابن عباس رضي الله عنهم وهو حسن بمجموع طرقه وشواهده، وقد حسنه السيوطي في الجامع الصغير، والبوصيري في زوائد ابن ماجه.

عبد الرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرض موته فبتها[١]، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر، فكان إجماعاً، ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث، فعورض بنقيض قصده، كالقاتل . وهل ترثه بعد انقضاء العدة؟ فيه روايتان: إحداهما- ترثه، لأن عثمان ورّث امرأة عبد الرحمن بعد انقضاء العدة، ولأنه فارّ من ميراثها فورثته، كالمعتدة . والثانية- لا ترثه، لأن آثار النكاح زالت بالكلية، فلم ترثه، كما لو تزوجت، ولأن ذلك يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة، بأن يتزوج أربعاً بعد انقضاء عدة المطلقة، وذلك غير جائز، وإن تزوجت لم ترثه، لأنها فعلت باختيارها فعلاً ينافي زوجية الأول فلم ترثه، كما لو تسببت في فسخ النكاح، وهكذا لو ارتدت في عدتها، أو فعلت ما ينافي نكاح الأول، لم ترثه، وإن ارتدت ثم أسلمت في عدتها، ففيه وجهان: أحدهما- ترثه، لأنها مطلقة في المرض، أشبه ما لو لم ترتد . والثاني- لا ترثه، لأنها فعلت ما ينافي النكاح، أشبه ما لو تزوجت .

فصل: وإن طلق امرأته قبل الدخول فهل ترثه ؟ فيه روايتان كالتي انقضت عدتها . ولو قال لزوجته في صحته: إذا مرضت ، فأنت طالق ، فحكم طلاقه حكم طلاق المريض . وإن أقر في مرضه بطلاقها في صحته ، فحكمه حكم طلاقها في مرضه . وإن علق طلاقها على فعل لابد لها منه ، كالصلاة ، ففعلته ، فهو كطلاقه ابتداء. وإن قال لزوجته الذمية ، أو الأمة وهو مريض : إذا عتقت ، أو أسلمت ، فأنت طالق ، فعتقت الأمة ، وأسلمت الذمية ، فهو كطلاقه لحرة مسلمة . وإن قال السيد لأمته : أنت حرة غداً ، فطلق الزوج اليوم أو غداً عالماً بعتق السيد ، ورثته ، لأنه متهم، وإن لم يعلم ، لم ترثه ، لعدم التهمة .

فصل: ولو تسببت الزوجة في فسخ نكاحها في مرضها ، برضاع أو غيره ، بانت وورثها زوجها ، ولم ترثه ، لما ذكرنا في طلاق المرض . ولو استكره رجل امرأة

---

(١) **صحيح**. رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٣٥٣)، وابن سعد في «الطبقات» (٢١٨/٦)، والبيهقي (٣٦٢/٧)، من طريق ابن شهاب، عن طلحة بن عبد الله بن عوف به ولفظ الموطأ: أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة، وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان منه، بعد انقضاء عدتها، وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات، وصححه ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٦٣/١٧).

ابنه في مرض ابنه على فعل ينفسخ نكاحها به ، بانت ، ولم يسقط ميراثها لذلك . وإن كان للمريض زوجة أخرى ، سقط ميراثها ، لأنه غير متهم في قصد توفير نصيبها عليه ، لرجوعه إلى الزوجة الأخرى دونه .

فصل : وإن تزوج نساء بعضهن عقدها فاسد ، ولم تعلم بعينها ، أو طلق بعض نسائه لا بعينها ، أو علمها وأُنسيها ، أقرع بينهن . فمن خرجت قرعتها بفساد العقد ، أو الطلاق ، فلا ميراث لها ، لأنه اشتبه المستحق بغيره ، فوجب المصير إلى القرعة ،كما لو أعتق في مرضه عبيداً ، لم يخرج من ثلثه إلا أحدهم.

بَابُ
الإقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ، ثبت نسبه وورث ، لأن الورثة يقومون مقام الميت في ماله وحقوقه ، وهذا من حقوقه . وإن أقروا بمن يسقطهم ، كإخوة أقروا بابن ، ثبت نسبه وأسقطهم ، لأنهم جميع الورثة لولا الإقرار ، فأشبه ما لو أقروا بمشارك لهم. وإن أقر بعضهم ، لم يثبت النسب ، ودفع المقر إلى المقر له فضل ما في يده عن ميراثه ، فإذا خلف ابنين ، فأقر أحدهما بأخ ، فله ثلث ما في يده . وإن أقر بأخت ، فلها الخمس ، وإن شئت ضربت مسألة الإقرار أو وفقها في مسألة الإنكار ، ودفعت إلى المنكر سهمه من مسألة الإنكار ، مضروباً في مسألة الإقرار أو وفقها ، وإلى المقر سهمه من مسألة الإقرار ، مضروباً في مسألة الإنكار أو وفقها ، فما فضل ، فهو للمقر به ، وإن لم يكن في يد المقر فضل ، فلا شئ للمقر به ، لأنه يقر على غيره . فإن خلف ابنين فأقر أحدهما بأخوين ، فصدقه أخوه في أحدهما ، ثبت نسب من اتفقا عليه ، فصاروا كثلاثة أقر أحدهم بأخ رابع . فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ، تكن اثنى عشر ، للمقر سهم من مسألة الإقرار في

مسألة الإنكار ، ثلاثـة ، وللمنكر سهم فى مسألة الإقرار أربعة، ثم إن أقر المتفق عليه بالمختلف فيـه ، فله مثل سهم المقـر ، وإن أنكر ، فله مثل سـهم المنكر والفـضل للمختلف فيه . وقـال أبو الخطاب : إن أقر المتفق عليه بالمختلف فيه ، وأنكر المختلف فيه المتفق عليه ، فإن المتفق عليه ، يأخذ من المقرين ربع ما فى أيديهما ، ويأخذ المختلف فيه من المقر ثلث ما بقى فى يده . وتصح من ثمانية ، للمقر بهما سهمان ، وللمتفق عليه سهمان ، وللمقر بأحدهما ثلاثة ، وللمختلف فيه سهم . ولو كان الوارث ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل ، ثبت نسبهما سواء تصادقا أو تجاحدا ، لأن نسبهم ثبت فى حال واحدة بقول الوارث الثابت النسب قبلهم ، ويحتمل أن لا يثبت نسبهما إذا تجاحدا ، لأنه لم يحصل الإقرار من جميع الورثة . وإن أقر بواحد بعد آخر، ثبت نسب الأول ، وأعطاه نصف ما فى يده ثم إن صدق الثانى الثالث ، ثبت نسبه ، ودفعا إليه ثلث ما فى أيديهما . وإن أنكره الثانى ، لم يثبت نسبه ، ودفع إليه المقر ، ثلث ما فى يده .

فصل : وإن أقر من أعيلت له المسألة بمن يسقط العول ، كزوج وأم وأخت فأقرت الأخت بأخ لها ، فاضرب وفق مسألة الإقرار فى مسألة الإنكار ، تكن اثنين وسبعين ، للأم ربعها ثمانية عشر ، وللزوج ربعها وثمنها سبعة وعشرون، وللأخت سهمان من مسألة الإقرار فى نصف مسألة الإنكار ، وهى ثمانية ، يبقى تسعة عشر يدعى المقر له منها ستة عشر . فإن مضى الزوج على الإنكار ، أخذ الأخ ستة عشر وبقيت ثلاثة يقران بها للزوج وهو ينكرها ، ففيها ثلاثة أوجه: أحدها- يدفع إلى بيت المال ، لأنه مال لا يدعيه أحد ، فهو كالمال الضائع . والثانى- يقر فى يد الأخت . والثالث- يترك حتى يصطلحا عليها ، لأنها لا تعدوهما ، وقد جهلنا مستحقها منهما . وإن أقر الزوج بالأخ ، فهو يدعى تمام النصف تسعة ، والأخ يدعى ستة عشر ، فالجميع خمسة وعشرون ، والمقر به من السهام تسعة عشر ، لا تنقسم على خمسة وعشرين ، فاضرب خمسة وعشرين فى أصل المسألة ، ثم كل

من له شئ من أصل المسألة مضروب في خمسة وعشرين ، ومن له شئ من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر ، وعلى هذا تعمل ما ورد عليك من هذا .

باب
ميراث المفقود

إذا غاب الإنسان وخفي خبره ، وغالب سفره السلامة ، كالتاجر والسائح ، انتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد في أشهر الروايتين ، وفي الأخرى : ينتظر به أبداً ، أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم في تقدير المدة . وإن كان غالب سفره الهلاك ، كالذي يفقد من بين أهله ، أو يفقد في طريق الحج ، فإنه ينتظر به تمام أربع سنين ، لأنها أكثر مدة الحمل ، وتعتد زوجته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج . قال أحمد : إذا أمرت زوجته أن تتزوج ، قسمت ميراثه . وقد روى عنه التوقف، وقال : قد هبت الجواب فيها ، وكأني أحب السلامة ، والأول المذهب. فإن مات للمفقود من يرثه في مدة غيبته ، دفع إلى كل وارث اليقين ، ووقف نصيب المفقود، فإن بان حياً، دفع إليه، وإن بان ميتاً حين موت مورثه ، رد على مستحقه. وكذلك إن كانت المدة قد مضت وإن لم تكن مضت ولم يتبين أمره ، فحكم نصيبه من الميراث حكم سائر ماله ، يقسم على ورثته إذا مضت المدة لأنه محكوم بحياته ، ويجوز أن يصطلحوا على الفاضل عن نصيب المفقود من الموقوف ، لأنه حقهم . ولا يجوز أن يصطلحوا على نصيب المفقود .



بَابُ
الـولاء

ومن أعتق مملوكاً ثبت عليـه الولاء ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قـال : «إنما الولاء لمن أعتق»[1] متفق عليه . وإن أعتق عليه بتدبير ، أو كتابة ، أو استيلاد، أو قرابة ، أو بيعه عبده نفسه ، أو أعتقه عنه غيره بإذنه ، فله عليـه الولاء ، لأنه عتق عليه ، فأشبه ما لو باشر عتقـه . وسـواء أدى المكاتب إلى السيد ، أو إلى ورثتـه ، لأن عتقـه بكتابته وهي من سيده . فأما إن أعتق عبده عن ميت ، أو حي بلا أمره فالولاء للمعتق ، للخبر ، ولأنه أعتقه بغير إذن الآخر ، فكان ولاؤه للمعتق ، كما لو لم ينو . ولو قال : أعتق عبدك عني وعليّ ثمنه ففعل ، فالولاء للمعتق عنه ، لأنه نائب عنه في العتق فهو كالوكيل . ولو قال : أعتقه والثمن عليّ ففعل ، فالولاء للمعتق ، لأنه لم يعتقه عن غيره ، فأشبه ما لو لم يجعل له جعلاً. وإن قال : أعتقه عني ولم يذكر عوضاً ، ففيه روايتان: إحداهما– ولاؤه للمعتق ، للخبر . والثانية– للمعتق عنه، لأنه أعتقه عنه بأمره ، فأشبه ما لو كان بعوض .

فصل : ومن أعتق عبده سائبة ، أو قال : أعتقتك ولا ولاء لي عليك ، أو أعتقـه من زكاته ، أو كفـارته ، أو نذره ، ففيـه روايتان: إحداهمـا– له عليـه الولاء، لعموم الخبر. والثانية– لا ولاء عليه ، لأنه جعل ولاءه في السائبة لله ، فصح ، كرقه . وفي سائر الصور، العتق بمال لا يستحقـه ، فلم يكن له ولاء كالوكيل . فعلى هذه الرواية ما رجع من ولائهم ، يرد في مثلهم ، ويكون حكم ولائهم كحكم ولاء الأولين .

---

(١) سبق تخريجه (٣١/٢).

فصل : وإن أعتق مسلم كافراً ، أو كافر مسلماً ، ثبت له الولاء ، للخبر وهل يرث به ؟ فيه روايتان ذكرناهما ، فإن قلنا : لا يرث وكان للمعتق عصبة على دين المعتق ، ورثه ، لأنه يرثه لو كان المعتق ميتاً ، وكذلك إذا كان ممنوعاً من ميراثه . فإن أسلم الكافر منهما ، ورثه المولى ، كما لو أسلم القريب الكافر ، ورثه قريبه المسلم .

فصل : ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته ، لما روى ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته.[1] متفق عليه . ولأن الولاء كالنسب ، بدليل قول النبي ﷺ : « **الولاء لحمة كلحمة النسب** »[2] .

باب
الميراث بالولاء

إذا مات المعتق ولم يخلف وارثاً من نسبه ، ورثه مولاه . وإن خلف ذا فرض ، فللمولى ما فضل عنه ، لما روى عبد الله بن شداد قال : أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة ، فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف ، وابنة حمزة النصف[3] رواه النسائي وابن ماجة . ولا يرث المولى مع عصبة من النسب ، لأنه فرع

---

(١) رواه البخاري [٢٥٣٥]، ومسلم [١٥٠٦]، وأبو داود [٢٩١٩]، والترمذي [١٢٣٦]، والنسائي (٢٦٩/٧)، وابن ماجه [٢٧٤٧]، وأحمد (٧٩/٢).

(٢) **صحيح**. رواه الشافعي في «المسند» (بدائع المنن – ١٥١/٢)، والحاكم (٣٤١/٤)، والبيهقي (٢٩٢/١٠) من طريق محمد بن الحسن عن يعقوب بن إبراهيم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما به. ورجاله ثقات غير محمد بن الحسن فإنه لين في الحفظ، كما في «الميزان»، وقد تابعه بشر بن الوليد عن يعقوب عن عبد الله بن عمر به أخرجه ابن حبان [٤٩٥٠]. والحديث صححه الحاكم، وقال الذهبي: بالدبوس، ورواه البيهقي من حديث الحسن مرسلاً وإسناده صحيح إلى الحسن، والحديث صحيح بمجموع طرقه وشواهد لا سيما مرسل الحسن.

(٣) **حسن**. رواه النسائي في «الكبرى» [٦٣٩٨]، وابن ماجه [٢٧٣٤]، والحاكم (٦٦/٤)، من طريق محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الله بن شداد به، وفيه ابن أبي =

على النسب ، فلا يرث مع وجوده. وإن مات العبد بعد موت مولاه ، ورثه أقرب عصبة مولاه دون ذوى الفروض، لأن الولاء كالنسب ، والنسب إلى العصبات ، ولأنه كنسب المولى من أخ أو عم ، فيرثه ابن المولى دون ابنته ، كما يرث عمه. ويقدم الأقرب فالأقرب من العصبات، لما روى سعيد بن المسيب أن النبى ﷺ قال: **«المولى أخ فى الدين ، وولى نعمة ؛ يرثه أولى الناس بالمعتق»**[1]. ولأن عصبات الميت يرث منهم الأقرب فالأقرب ، فكذلك عصبات المولى . ولايرث النساء من الولاء إلا ما أعتق ، أو أعتق من أعتقن . وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى فى بنت المعتق خاصة أنها ترث ، لما روى عن النبى ﷺ أنه ورث بنت حمزة من الذى أعتقه حمزة، والصحيح أنها لا ترث ، وأنها هى المعتقة للمولى ، كما روى عبد الله بن شداد فيما تقدم . ولا يرث منه ذو فرض إلا الأب والجد ، يرثان السدس مع الابن وابنه ، لأنهما عصبة . فيقسم بينهما كما يقسم مال المعتق بينهما . فإن اجتمع الجد والأخ أو الإخوة ، قسم بينهما كما يقسم ميراث المعتق ولا يعتد بالأخوات ، لأنهن لا يرثن منفردات . ويقدم الأخ للأبوين على الأخ للاب ، ويعادّ الأخ للأبوين الجد بالأخ للأب ، لأنه يرث منفرداً، ثم الأقرب فالأقرب . فإذا انقرض عصبات المولى من النسب ، فلمولاه إن كان ذا مولى ، ثم لأقرب عصباته . ولو اشترى رجل وأخته أباهما ، أو أخاهما ، فعتق عليهما ، ثم اشترى عبداً فأعتقه ، ثم مات أبوهما أو أخوهما ، ثم مات عتيقه ، فميراثه للرجل دون أخته ، لأنه يرثه بنسبه من معتقه ، ولا ترث النساء من الولاء بالنسبة شيئاً .

= ليلى وهو صدوق سيء الحفظ جداً كما فى «التقريب»، وتابعه عبد الله بن عون، أخرجه النسائى فى «الكبرى» [٦٣٩٩] مرسلاً وقال: وهذا أولى بالصواب من الذى قبله. اهـ، وتابعه شعبة أخرجه سعيد بن منصور [١٧٤]، وأبو داود فى «المراسيل» [٣٨٩]، والبيهقى (٢٤١/٦)، وتابعه الأشعث أخرجه الدارمى [٣٠١٣]، والحديث له طرق أخرى يتقوى بها ويرتقى إلى درجة الحسن، قال البيهقى (٣٠٢/١٠): هذا مرسل، وقد روى من أوجه أخر مرسلاً وبعضها يؤكد بعضاً. اهـ.

(١) **ضعيف**. رواه الدارمى [٣٠٠٦]، وسعيد بن منصور [٢٧٢]، والبيهقى (٣٠٤/١٠) من حديث الزهرى مرسلاً، وإسناده معضل فإن الزهرى من صغار التابعين.

فصل : وإذا مات رجل عن ابنين ومولى ، فمات أحد الابنين بعده عن ابن ، ثم مات المولى ، فالميراث لابن المولى ، لأن الولاء للكُبْر، ومعناه أنه يرث به أقرب الناس إلى سيده يوم موت العبد . وذلك ، لأن الولاء لحمة كلحمة النسب لا يورث وإنما يورث به مع بقائه للمولى ، فوجب أن يكون للكُبْر ، لأنه أقرب . ولو مات المعتق وخلف ابنين ومولى ، فمات أحدهما وخلف ابناً ، ومات الآخر وخلف تسعة ثم مات المولى ، كان الولاء بينهم على عددهم ، لكل واحد منهم عُشْره ، لما ذكرناه.

فصل في جر الولاء : إذا تزوج عبدٌ معتقةَ قومٍ فأولدها ، فولاء الولد لمولى أمه لأن الحرية حصلت له بإعتاق الأم والإنعام عليها . فإن أعتق السيد عبده ، انجر ولاء الولد عن مولى الأم إلى مولى العبد ، لما روى عن الزبير أنه رأى بخيبر فتية لُعْساً فأعجبه ظرفهم وجمالهم ، فسأل عنهم فقيل له : موالٍ لرافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة ، فاشترىٰ الزبير أباهم فأعتقه ، وقال لأولاده : انتسبوا لي ، فإن ولاءكم لي . فقال رافع بن خديج : الولاء لي ، لأنهم عتقوا بعتقي أمهم . فاحتكموا إلى عثمان ، فقضى بالولاء للزبير[1] ، وأجمعت الصحابة عليه . ولأن الولاء فرع النسب ، والنسب معتبر بالأب ، وإنما ثبت لمولى الأم ، لعدم الولاء من جهة الأب ، فإذا ثبت الولاء على الأب، عاد الولاء إلى موضعه ، كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج . وإذا أعتق الجد ، لم ينجر الولاء . وعنه : ينجر، والأول المذهب ، لأن الأصل بقاء الولاء لمن ثبت له ، وإنما خولف هذا الأصل في الأب ، لإجماع الصحابة عليه فيبقى فيمن عداه على الأصل .

فصل : وإن تزوج عبد أمة فأولدها ، فأعتقها سيدها وولدها ، ثبت له الولاء عليهم . فإن أعتق الأب بعد ذلك ، لم ينجر الولاء ، لأن الولاء ثبت على الولد

---

(١) **صحيح.** رواه البيهقي (٣٠٧/١٠) من طريق يزيد بن هارون، عن محمد بن عمرو، عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، عن الزبير به. وإسناده حسن؛ رجاله كلهم ثقات سوى محمد بن عمرو بن علقمة الليثي، وهو صدوق له أوهام، كما في «التقريب»، ورواه البيهقي أيضًا من طريق، هشام بن عروة، عن أبيه به، والحديث صححه البيهقي.

بالمباشرة ، فكان المنعم عليه بالمباشرة أولى من المنعم على أبيه . وإذا تزوج حر الأصل بمولاة ، أو تزوج عبد ، أو مولى ، بحرة الأصل ، فلا ولاء على ولدهم بحال . وإن تزوج مولى بمولاة ، فولاء ولدهما لسيد الأب ، لأن الاستدامة أقوى من الابتداء ، ثم ابتداء الحرية فى الأب يُسقط استدامة الولاء لمولى الأم ، فلأن يمنع ابتداء الولاء له أولى .

فصل : إذا تزوج عبد معتقة قوم ، فأولدها ولداً ، فاشترى الولد أباه ثبت له ولاؤه وولاء أولاده ، ويبقى ولاء المعتق لمولى أمه ، لأنه لا يمكن أن يجر ولاء نفسه ، لاستحالة ثبوت ولاء الإنسان على نفسه ، كما يستحيل أن يكون أبا نفسه وإن لم يشتر أباه ، لكن اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اشترى هذا العبد أبا سيده ، فأعتقه ، فإنه ينجر إليه ولاء سيده ، ويصير كل واحد منهما مولى صاحبه من فوق ومن أسفل ويصير هذا كحربى أعتق عبداً فأسلم واشترى سيده ثم أعتقه .

فصل : ولو تزوج عبد معتقة ، فأولدها بنتين ، فاشتريا أباهما ، عتق عليهما ولهما عليه الولاء ، وتجر كل واحدة منهما إلى نفسها نصف ولاء أختها ، لإعتاقها نصف الأب ، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها . فإن مات الأب ، فماله لهما ، ثلثاه بالبنوة ، وباقيه بالولاء . فإن ماتت إحداهما بعده ، فلأختها نصف مالها بالنسب ، ونصف الباقى بكونها مولاة نصفها ، ويبقى الربع لمولى أمها . وإن ماتت إحداهما قبل الأب ، فمالها لأبيها بالنسب . فإذا مات الأب بعدها ، فللباقية نصف ميراث أبيها بالنسب ، ونصف الباقى بالولاء ، يبقى الربع لموالى الميتة ، وهم أختها وموالى أمها ، لأختها نصفه ، وهو الثمن ، صار لها سبعة أثمان المال ، ولموالى أم الميتة الثمن ، فإذا ماتت هذه بعدهما ، فنصف مالها لموالى أمها بالولاء ، ونصفه لموالى أختها الميتة ، وهم أختها وموالى أمها ، فيكون الربع لمولى أمها ، والربع الباقى يرجع إلى هذه الميتة ، فهذا الجزء دائر ، لأنه خرج من هذه وعاد إليها . فقال القاضى : يجعل فى بيت المال ، لأنه لا مستحق له . وإن مات الأب بعد موتهما .

كتاب
العتق

وهو قربة مندوب إليها ، بدليل ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «من أعتق رقبة مؤمنة ، أعتق الله بكل إرب منه إرباً منه من النار» حتى إنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج[(١)] متفق عليه. والأفضل عتق من له قوة وكسب يستغنى به ، فأما من لا كسب له ، فحكى عن أحمد أنه لا يستحب عتقه ، لأنه يتضرر بفوات نفقته الواجبة له ، وربما صار كلاً على الناس.

فصل : ويحصل العتق بثلاثة ، القول ، والملك ، والاستيلاد ، ولا يحصل بالنية المجردة ، لأنه إزالة ملك ، فلم يحصل بمجرد النية ، كالطلاق . وألفاظه ، تنقسم إلى صريح وكناية ، فالصريح : لفظ العتق ، والحرية ، وما تصرف منهما ، لأنه ثبت لهما عرف الشرع والاستعمال ، فكانا صريحين ، كلفظ الطلاق فيه، فإن أراد بهما غير العتق ، كرجل يقول لغلامه : وهو حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق، أو يعاتبه فيقول : ما أنت إلا حر ، يريد أنك تمتنع من طاعتي امتناع الأحرار، فقال أحمد في رواية حنبل : أرجو أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة ، فظاهر هذا أنه لا يعتق لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فانصرف إليه، كما لو نوى العتق بكنايته .

والكناية نحو قوله : قد خليتك ، واذهب حيث شئت ، والحق بأهلك ، وحبلك على غاربك ، ونحوه ، فلا يعتق بذلك حتى ينويه ، لأنه يحتمل غير العتق ، فأشبه كناية الطلاق فيه ، وفي قوله : لا سبيل لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، وأنت سائبة، وفككت رقبتك، ولارق لي عليك ، ولا ملك لي عليك وأنت لله ، وأنت

---

(١) رواه البخاري [٦٧١٥]، ومسلم [١٥٠٩] واللفظ له، والترمذي [١٥٤١] والنسائي في الكبرى [٤٨٧٥]، وأحمد (٤٢٠/٢).

مولاى ، وملكتك نفسك، فيه روايتان: إحداهما- هو صريح فى العتق ، لأنها تتضمن العتق ، وقد جاء فى كتاب الله تعالى : ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣]. يعنى : العتق، فكانت صريحة ، كقوله : أعتقتك . والثانية- هو كناية ، لأنها تحتمل غير العتق . وقال القاضى : قوله : لا رق لى عليك، ولا ملك لى عليك ، وأنت لله ، صريح . نص عليه أحمد فى : أنت لله ، لأن معناه : أنت حر لله . واللفظان الأولان صريحان فى نفى الملك ، والعتق من ضرورته . وفى قوله لأمته : أنت طالق ، أو أنت حرام على روايتان: إحداهما- هو كناية ، تعتق به إذا نوى به العتق ، لأن الرق أحد الملكين فى الآدمى ، فيزول بلفظ الطلاق ، كملك النكاح ، والحرية ويحصل بها تحريمها عليه فجاز أن يكون كناية فيه . والثانية- ليس بكناية ، لأنه ملك لا يستدرك بالرجعة ، فلم يزل بالطلاق ، كملك المال، والتحريم صريح فى الظهار ، فلم يكن له كناية فى العتق ، كقوله : أنت علىّ كظهر أمى.

فصل : ولا يصح العتق إلا من جائز التصرف ، ولا يصح من صبى ، ولا مجنون ولاسفيه ، لأنه تبرع فى الحياة ، فأشبه الهبة . ولا يصح عتق الموقوف ، لأن فيه إبطالاً لحق البطن الثانى منه ، وليس له ذلك .

فصل : وإن كان العبد بين شريكين ، فأعتق أحدهما نصيبه وهو موسر به، عتق كله ، ووجب عليه قيمة نصيب شريكه . لما روى ابن عمر ، أن النبى ﷺ قال: **«من أعتق شركاً له فى عبد ، فإن كان له ما يبلغ ثمن العبد ، قُوِّم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه .** وفى لفظ: **«فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل ، فهو عتيق »** رواه أبو داود. وفى لفظ: **«فقد عتق كله »**[1] ويعتق كله ، حال إعتاق الشريك ، للخبر . ولأنه سراية قول فنفذ فى الحال كطلاق بعض الزوجة ، فإن أعتقه الشريك ، عقيب عتق الأول وقبل أخذ القيمة ، لم يثبت له فيه عتق ، لأنه صار حراً بعتق الأول ، ولو لم يؤد القيمة حتى أفلس ، كانت ديناً فى ذمته ، وعتقه ماض ، ووقت التقويم ، وقت العتق ،

(١) سبق تخريجه (٢/٢٧٨).

لأنه وقت الإتلاف ، فأشبه الجناية ، فإن اختلفا في القيمة ، فالقول قول المعتق ، لأنه غارم . وإن اختلفا في صناعة ، تزيد بها قيمته ، أو عيب تنقص به قيمته ، فالقول قول من ينفيه ، لأن الأصل عدمه ، وسواء كان المعتق مسلماً أو كافراً ، لأنه تقويم متلف ، فاستوى فيه المسلم والكافر ، كتقويم المتلفات . ويحتمل أن لا يسرى عتق الكافر في المسلم ، لأنه لا يجوز أن يتملكه . وإن كان نصيب الشريك وقفاً ، لم يعتق ، لأن الوقف لا يعتق بالمباشرة ، فالسراية أولى . وإن كان المعتق معسراً ، عتق نصيبه منه خاصة ، وباقيه على الرق ، للخبر ، ولأن سراية العتق ضرر بالشريك ، لتلف ماله بغير رضاه ، من غير عوض يجبره . وعنه : يستسعى العبد في قيمة باقيه ، ويعتق كله . لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من **أعتق شقصاً له في مملوك ، فعليه أن يعتقه كله ، إن كان له مال ، وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه** »[1] رواه أبو داود . والأول : أصح ، لأن خبر ابن عمر أصح ، ولأن الإحالة على السعاية ، إحالة على وهم ، وفيه ضرر بالعبد ، بإجباره على الكسب من غير اختياره ، فإن كان معه قيمة البعض ، عتق منه بقدره ، لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن البعض ، وجب بقدر ما قدرعليه ، كقيمة المتلف .

فصل : فإن أعتق المعسر بعض عبده ، عتق كله ، لأنه موسر بما يسرى إليه فأشبه ما لو أعتق بعض عبد ، وهو موسر بقيمة باقيه ، وإن أعتق بعضه في مرض موته عتق منه ما تحمله الثلث وإن زاد على قدر ما أعتق ، لأن عتق بعضه كعتق جميعه وإن احتمل الثلث جميعه ، عتق كله .

فصل : إذا ملك بعض عبد ، فأعتقه في مرض موته أو دبَّره ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه ، أعطى وكان كله حراً في إحدى الروايتين، لأن ثلثه له ، فكان موسراً به ، والأخرى- لا يعتق منه إلا ما ملك ، لأن حق الورثة تعلق بماله ، إلا ما استثناه من الثلث بتصرفه فيه، ذكرهما الخرقي وأبو

---

(١) رواه البخاري [٢٥٢٧]، ومسلم [١٥٠٣]، وأبو داود [٣٩٣٨]، والترمذي [١٣٤٨]، وابن ماجه [٢٥٢٧]، وأحمد (٤٧٢/٢).

الخطاب . قال الخرقي : وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لكله ، لأن ملكه يزول عما سوى المعتق . وقال القاضي : إن أعتقه في مرض موته وهو موسر عتق جميعه ، لأنه أعتقه وهو موسر بثمن جميعه ، فدخل في الخبر ، وإن دبره لم يعتق إلا ما ملك ، لأن ملكه زال بالموت ، إلا ما استثناه في وصيته . وصحح الرواية الأولى في العتق في المرض . والثانية في التدبير .

فصل : وإذا كان العبد لثلاثة ، لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللثالث سدسه، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً ، وهما موسران ، عتق عليهما ، وضمنا حق شريكهما فيه بالسوية ، لأن التقويم المستحق بالسراية ، يقسط على عدد الرؤوس ، كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل ، جرحه أحدهما جُرحاً ، والآخر عشرة ، ويكون ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لصاحب النصف ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه ويحتمل أن يقوم عليهما على قدر ملكيهما ، لأنه يستحق بالمال ، فكان على قدره كالشفعة ، فيكون ولاؤه بينهما أرباعاً .

فصل : وإذا كان العبد لثلاثة ، فأعتقوه معاً ، أو وكل نفسان الثالث ، فأعتق حقهما مع حقه ، أو أعتقه كل واحد منهم وهو معسر ، عتق على كل واحد حقه منهم ، وولاؤه بينهم أثلاثاً ، وإن أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه الثاني وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق الثاني . وإن قال اثنان منهم للثالث : إذا أعتقت نصيبك فنصيبنا حر فأعتق نصيبه وهو موسر عتق كله عليه ، وقوِّم عليه نصيب شريكيه ، وولاؤه له دونهما ، ويحتمل أن يعتق نصيبهما عليهما ، لأن إعتاق نصيبهما يتعقب إعتاق نصيبه من غير فاصل، فلا تسبقه السراية ، وإن كان معسراً ، عتق عليه نصيبه خاصة ، وعتق نصيب صاحبيه بالشرط ، وولاؤه بينهم أثلاثاً ، سواء اتفقا في القول ، أو سبق به أحدهما ، لأن الوقوع بوجود الشرط ، وقد استويا فيه ، وإن قالا له : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبنا حر مع نصيبك فأعتق نصيبه، عتق نصيب كل واحد على مالكه ، لأن عتقه وقع في حالة واحدة .

فصل : فأما العتق بالملك ، فإن من ملك ذا رحم محرم ، عتق عليه بمجرد

ملكه لما روى سمرة ، أن النبي ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم ؛ فهو حر »[1] رواه أبو داود . ولأنه ذو رحم محرم فعتق عليه إذا ملكه كالولد . وعنه : لا يعتق عليه؛ إلا عمودا النسب ، بناء على أن نفقة غيرهم لا تجب . وإن ملك بعض من يعتق عليه بسبب غير الميراث ؛ فهو كإعتاقه له في تقويم باقيه عليه مع اليسار ؛ وبقائه على الرق مع الإعسار ؛ لأنه عتق بسبب من جهته ؛ فأشبه إعتاقه بالقول . وإن ملكه بالإرث ؛ لم يعتق منه إلا ما ملك، موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه لا اختيار له في إعتاقه ؛ ولا سبب من جهته . ونقل عنه المروذى ما يدل على أنه يعتق عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً ، لأنه ملك بعضه ، أشبه البيع . وإذا ملك ولده من الزنا ، لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد رحمه الله ، لأنه لا تجب عليه نفقته ، ويحتمل أن يعتق عليه ، لأنه ولد يحرم نكاحه ، فعتق ، كولد الرشدة .

فصل : وإن وهب لصبى من يعتق عليه ، أو وصى له به ، وكان بحيث لا تجب على الصبى نفقته لكون الصبى معسراً ، أو الموهوب صحيحاً كبيراً . ذا كسب، وجب على الولى قبول الهبة والوصية ، لأن فيه نفعًا للصبى ، وجمالاً بحرية قريبه من غير ضرر . وإن كان بحيث تلزمه نفقته ، لم يكن له قبوله ، لأن فيه ضرراً بالتزامه نفقته . وإن وهب له جزء ممن يعتق عليه ، فكان ممن لا تجب نفقته ، ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوَّم على الصبى باقيه؟ ففيه وجهان: أحدهما- لا يقوَّم عليه باقيه ، لأنه يدخل فى ملكه بغير سبب من جهته ، أشبه الإرث ، فعلى هذا يلزم وليه قبوله ، لما فيه من النفع الخالى عن الضرر . والثانى- يقوَّم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله ، كما لو قبل وكيل البالغ ، فعلى هذا لا يملك قبوله . فإن

(١) **صحيح**. رواه أبو داود [٣٩٤٩]، والترمذى [١٣٦٥]، والنسائى فى «الكبرى» [٤٨٩٨]، وابن ماجه [٢٥٢٤]، وأحمد (١٨/٥)، وابن الجارود [٩٧٣]، والحاكم (٢١٤/٢)، من طريق حماد ابن سلمة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة ؓ به، ورواه النسائى فى «الكبرى» [٤٨٩٧]، وابن ماجه [٢٥٢٥]، وابن الجارود [٩٧٢]، والحاكم (٢١٤/٢) من حديث ابن عمر ؓ مرفوعاً بنحوه، وهو حديث صحيح وشاهد قوى لحديث سمرة صححه الحاكم ووافقه الذهبى، وصححه أيضاً عبد الحق فى «الأحكام الوسطى» (١٥/٤)، وابن حزم فى «المحلى» (٢٠٢/٩).

قبل في موضع لا يملك القبول ، لم يصح ، ولا يملك الولي شراء من يعتق على الصبي ، لأنه إذا لم يملك قبول الهبة التي لا عوض فيها ، فالبيع أولى .

فصل : وإذا أعتق في مرضه عبيداً لا مال له غيرهم ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ، ، أو دبر أحدهم ووصى بعتق الباقين، لم يعتق منهم إلا الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ، فيقرع بينهم بسهم حرية ، وسهمي رق ، فمن خرج له سهم حرية عتق ، ورقّ الباقون ، لما روى عمران بن حصين : أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله ﷺ ثلاثة أجزاء ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة[1] أخرجه مسلم . وإن كان عليه دين يستغرقهم ، لم يعتق منهم شيء ، لأن عتقهم وصية ، وقد قضى رسول الله ﷺ : أن الدين قبل الوصية . وإن كان يستغرق بعضهم ، عتق من باقيهم ثلثه ، فيقرع بينهم لإخراج الدين ، ثم يقرع بينهم لإخراج الحرية ، فإن كان الدين يستغرق نصفهم ، جزأناهم جزأين ، وأقرعنا بينهم بسهم دين ، وسهم تركة ، فمن خرج له سهم الدين ، بيع فيه ، ثم نقرع بين الباقين بسهم حرية ، وسهمي رق، كما ذكرنا .

فصل : ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم ، فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم ، بعناهم فيه ، لما ذكرنا . فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين ونجيز العتق ، احتمل أن لهم ذلك ، لأن المانع إنما هو الدين ، فإذا قضي ، زال المانع ، فثبت العتق ، واحتمل أنه ليس لهم ذلك ، لأن الغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة ، فلم يملك الورثة إبطالها بالقول ، لكن إذا قضوا الدين ، فلهم استئناف العبد . وإن أعتقنا بعضهم بالقرعة ، ثم ظهر عليه دين يستغرق بعضهم ، احتمل أن يبطل العتق في الجميع ، كما لو اقتسم الشركاء ، ثم ظهر لهم شريك ثالث ، واحتمل أن يبطل بقدر الدين ، لأن بطلانه لأجل الدين ، فيقدر بقدره . ولو أعتقهم ، فأعتقنا منهم واحداً يعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه ، تبينا أن الباقين كانوا أحراراً من حين أعتقهم ، فيكون كسبهم لهم ، لأنهم يخرجون من الثلث .

---

(١) سبق تخريجه (٣٤٠٧٢).

فصل : وإن مات بعضهم ، أقرعنا بينهم ، فإن خرجت لميت حسبناه من التركة، وقومناه حين العتق ، لأنه خرج بذلك من التركة . وإن خرجت لحى نظرنا فى الميت ، فإن مات فى حياة المعتق أو بعدها قبل قبض الوارث ، لم يحسب من التركة، لأنه لم يصل إلى الوارث ، فيكون التركة الحيين ، فيكمل ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة ، وتعتبر قيمته حين إعتاقه ، لأنه حين إتلافه . وحكى أبو الخطاب عن أبى بكر : أن الميت يحسب من التركة ، ويعتق من تقع عليه القرعة إن خرج من الثلث ، لأننا حسبناه من التركة إذا وقعت القرعة له ، فكذلك إذا وقعت لغيره . فإذا مات بعد قبض الوارث ، حسب من التركة ، لأنه وصل إليه .

فصل فى كيفية القرعة : قال أحمد : بأى شئ خرجت القرعة ، وقع الحكم به ، سواء كانت رقاعاً أو خواتيم ، وذلك لأن الشرع ورد بالقرعة ، ولم يرد بكيفيتها ، فوجب ردها إلى ما وقع عليه الاسم مما تعارفه الناس ، والأحوط أن تقطع رقاعاً متساوية ويكتب فى كل رقعة اسم ذى السهم ، ثم يجعل فى بنادق طين ، أو شمع متساوية ، ثم يغطى بثوب ، ويقال لرجل : أدخل يدك ، فأخرج بندقة فيفضها ، ويعلم ما فيها ، وإن كان القصد عتق الثلث ، جزأ العبيد ثلاثة أجزاء ، فإن أمكن تجزئتهم بالعدد والقيمة ، كستة أعبد قيمتهم متساوية ، جعلنا كل اثنين جزءاً كما فعل النبى ﷺ فيهم . وإن كانت قيمتهم مختلفة ، إلا أننا إذا ضممنا قليل القيمة إلى كثيرها ، صار أثلاثاً ، فعلنا ذلك . وإن أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد، كستة قيمة أحدهم الثلث ، وقيمة اثنين الثلث ، وقيمة ثلاثة الثلث ، جزّأناهم بالقيمة . وإن لم يكن تعديلهم بقيمة ولا عدد ، كثمانية أعبد قيمتهم مختلفة ، أو متساوية ، احتمل أن لا نجزئهم ، بل نخرج قرعة الحرية لواحد واحد ، حتى يستوفى الثلث ، واحتمل أن نقارب بينهم ونجزئهم ثلاثة جزءاً ، وثلاثة جزءاً ، واثنين جزءاً ، فإن خرجت القرعة على زائد على الثلث ،أقرعنا بين من وقعت لهم القرعة ، فكملنا الحرية فى بعضهم ، وتممنا الثلث من الباقين . وإن وقعت على ما دون الثلث ، عتقوا ، وأعدنا القرعة لتكميل الثلث من الباقين . وإن أعتق عبدين ،

قيمة أحدهما مثلا قيمة الآخر ، أقرعنا بينهما بسهم حرية ، وسهم رق ، فإن وقع سهم الحرية للأدنى عتق ، وإن وقع للأكثر ، عتق نصفه . فإن كانت قيمة أحدهما مائتين، والآخر ثلاثمائة ، جمعنا قيمتهما ، ثم أقرعنا بينهما ، فمن خرج لهم سهم الحرية ، ضربنا قيمته في ثلاثة ، ونسبنا قيمتهما إلى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة ، عتق من العبد قدره ، فإذا وقعت على الذى قيمته مائتان ضربناه فى ثلاثة ، صار ستمائة ، ونسبنا قيمتهما إلى ذلك ، نجدها خمسة أسداسه ، فيعتق منه خمسة أسداسه . وإن وقعت على الآخر ، عتق منه خمسة أتساعه لذلك ، وهكذا نصنع فى أمثال ذلك .

فصل : إذا أعتق الأمة وهى حامل ، عتق جنينها ، لأنه يتبعها فى البيع والهبة ، ففى العتق أولى ، فإن استثنى جنينها ، لم يعتق ، لما روى عن ابن عمر ﷺ : أنه أعتق أمة واستثنى ما فى بطنها[1] ، ولأنها ذات حمل فصح استثناء حملها ، كما لو باع نخلة لم تؤبّر ، فاشترط ثمرتها . وقال القاضى : يخرج على الروايتين فيما إذا استثنى ذلك فى البيع ، والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه . وإن أعتق جنينها وحده ، لم تعتق هى ، لأنها ليست تابعة له ، فلا تعتق بعتقه ، كما لو أعتقه بعد الولادة .

فصل : وإذا كان العبد بين شريكين ، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه ، لم يخل من أحوال ثلاثة:

أحدها- أن يكونا موسرين فيصير العبد حراً ، لاعتراف كل واحد بحريته بإعتاق شريكه ، ويبقى كل واحد منهما يدعى على شريكه قيمة حقه منه، فإن لم يكن بينة، حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئ . وإن نكل أحدهما ، قضى عليه . وإن نكلا جميعاً ، تساقط حقاهما ، ولا ولاء على العبد ، لأنه لا يدعيه أحد . فإن اعترف به أحدهما بعد ذلك ، ثبت له ، سواء كانا عدلين أو فاسقين .

الحال الثاني- أن يكونا معسرين ، فلا يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه

---

(١) سبق تخريجه (٢٨/٢).

لأنه لا اعتراف فيه بالحرية ، لعدم السراية فى إعتاق المعسر ، فإن كانا فاسقين ، فلا عبرة بقولهما . وإن كانا عدلين ، فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ، ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً . وإن كان أحدهما عدلاً ، والآخر فاسقاً ، فله أن يحلف مع العدل . هذا إذا قلنا : إن الحرية تثبت بشاهد ويمين ، ولا ولاء لواحد منهما أيضاً ، لأنه لا يدعيه .

الحال الثالث– أن يكون أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، فيعتق نصيب المعسر وحده ، لاعترافه بحريته ، لأنه يعترف بعتق الموسر الذى يسرى إلى نصيبه ، ويبقى نصيب الموسر رقيقاً ، لأنه إنما اعترف بإعتاق شريكه الذى لا يسرى ، فلا يؤثر . فإن كان المعسر عدلاً ، فللعبد أن يحلف مع شهادته ، ويصير حراً، إذا قلنا : إن الحرية ثبتت بشهادة ويمين .

فصل : وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وهما موسران ، أو المدعى عليه موسر وحده ، عتق نصيب المدعى وحده ، لاعترافه بحريته، وبقى نصيب المدعى عليه رقيقاً . وإن كانا معسرين ، أو المدعى عليه معسراً ، لم يعتق منه شئ . فإن اشترى المدعى نصيب صاحبه ، عتق ولم يسر إلى نصيبه ، لأن عتقه باعترافه بحريته ، لا بإعتاقه .

فصل : إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهداً ، وحلف مع شاهده ، وصار حراً فى إحدى الروايتين ، والأخرى– لا يثبت ذلك بشاهد ويمين ، لأنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال ، فأشبه الطلاق .

فصل : إذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين متساويى القيمة ، واعترف كل واحد منهما بعتق أحد العبدين ، عتق من كل واحد ثلاثة ، ولكل واحد من الابنين سدس العبد الذى اعترف بعتقه ، ونصف الآخر ، لأنه يزعم أن ثلثى العبد الذى اعترف بعتقه حر ، ويبقى ثلثه لكل واحد منهما سدسه . وإن قال أحدهما : أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما ، أقرعنا بينهما ، فإن

وقعت القرعة على الآخر ، عتق من كل واحد ثلثه ، كالتي قبلها ، لأن القرعة قائمة مقام تعيينه . وإن وقعت على الذى اعترف أخوه بعتقه ، عتق ثلثاه ، إلا أن يجيزا عتقه كاملاً ، وصار كالمتفق على عتقه .

باب
تعليق العتق بالصفة

ويجوز تعليق العتق بصفة ، نحو قوله : إن دخلت الدار فأنت حر ، أو : إن أعطيتنى ألفاً فأنت حر ، لأنه عتق بصفة ، فجاز ، كالتدبير ، ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها ، لأنه حق علّق على شرط ، فلا يثبت قبله ، كالجعل فى الجعالة . وإن قال ذلك فى مرض موته ، اعتبر من الثلث ، لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث ، وإذا عقده ، كان أولى . وإن كان فى الصحة ، فهو من رأس المال ، سواء وجدت الصفة فى الصحة أو المرض ، لأنه غير متهم بالإضرار بالورثة فى تلك الحال . وقال أبو بكر: إن وجدت الصفة فى المرض ، فهو من الثلث ، لأن حق الورثة قد تعلق بالثلثين ، فلم ينفذ إعتاقه فيهما ، كما لو أنجز العتق . وإن مات السيد قبل وجود الصفة بطلت، لأن ملكه يزول بموته ، فتبطل تصرفاته بزواله وإن قال : إن دخلت الدار بعد موتى، فأنت حر ، ففيه روايتان: إحداهما– لا تنعقد هذه الصفة ، لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه ، فلم تصح ، كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعى إياك ، فأنت حر . والثانية– تنعقد ، لأنه إعتاق بعد الموت فصح ، كما لو قال : أنت حر بعد موتى .

فصل : وإن علق عتق أمته على صفة وهى حامل ، تبعها ولدها فى ذلك ، لأنه كعضو من أعضائها . فإن وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت ، عتق الولد ، لأنه تابع فى الصفة ، فأشبه ما لو كان فى البطن . فإن علق عتقها وهى حائل ، فوجدت

الصفة وهى حامل ، عتقت هى وحملها ، لأن العتق وجد فيها وهى حامل ، فتبعها ولدها ، كالعتق المطلق . وإن حملت ثم ولدت ، ووجدت الصفة ، لم يعتق الولد ، لأن الصفة لم تتعلق به . وفيه وجه آخر : أنه يتبعها قياساً على ولد المدبرة . وإن بطلت الصفة ببيع أو موت ، لم يعتق الولد ، لأنه إنما يتبعها فى العتق ، لا فى الصفة، فإذا لم توجد فيها ، لم توجد فيه ، بخلاف ولد المدبرة ، فإنه يتبعها فى التدبير ، فإذا بطل فيها ، بقى فيه .

فصل : وإذا علق العتق بصفة ، لم يملك إبطالها بالقول ، لأنه كالنذر ، ويملك ما يزيل الملك فيه من البيع وغيره . فإن باعه ثم اشتراه ، فالصفة بحالها ، لأن التعليق والصفة وجدا فى ملكه ، فعتق ، كما لو لم يزل الملك . فإن وجدت الصفة بعد زوال الملك ، ثم اشتراه ، فهل تعود الصفة ؟ فيه روايتان: إحداهما- لا تعود ، لأنها انحلت بوجودها ، فلم تعد ، كما لو انحلت بوجودها فى ملكه . والثانية : تعود ، لأنه لم توجد الصفة التى يعتق بها ، فأشبه ما لو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ، ولأن الملك مقدر فى الصفة ، فكأنه قال : إذا دخلت الدار وأنت فى ملكى ، فأنت حر ، ولم يوجد ذلك .

فصل : وإن علق العتق على صفة قبل الملك فقال لعبد أجنبى : إذا دخلت الدار فأنت حر ، ثم ملكه ودخل الدار ، لم يعتق ، لأنه لا يملك تنجيز العتق ، فلا يملك تعليقه ، ولأن النبى ﷺ قال: « لا عتق قبل ملك »[1] رواه أبو داود الطيالسى وإن قال : إن ملكتك ، فأنت حر ، أو : إن ملكت فلاناً ، فهو حر ، ففيه روايتان: إحداهما- لا يعتق، لذلك . والثانية- يعتق إذا ملكه ، لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه ، فأشبه ما لو كان التعليق فى ملكه . ولو قال الحر : كل مملوك أملكه ، فهوحر ، ففيه روايتان ، لما ذكرنا . وإن قال ذلك العبد ، ثم عتق وملك ، فهل يعتق عليه ؟ على وجهين: أحدهما- يعتق عليه ، كالحر . والثانى- لا يعتق عليه ، لأن العبد لا يملك ، فلا يصح منه التعليق . ولو قال الحر : آخر

(١) سبق تخريجه (٤٥٧/١) من حديث على بن أبى طالب رضي الله عنه ، وفيه: «لا صمات يوم إلى الليل».

مملوك أشتريه ، فهو حر ، وقلنا بصحة التعليق ، فمتى مات ، تبينا حصول الحرية لآخر مملوك اشتراه من حين الشراء فيكون اكتسابه له . فإن أشكل الآخر منهم ، أقرع بينهم ، لإخراج الحر ، وكذلك لو قال لأمته : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت ابنين ، أقرع بينهما إذا أشكل أولهما خروجاً .

كتاب
التدبير

ومعناه تعليق الحرية بالموت ، وصريحه : أنت حر ، أو عتيق بعد موتى ، أو أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، لأن هذا اللفظ موضوع له ، فكان صريحاً فيه ، كلفظ العتق فى الإعتاق ، وهو مستحب ، لأنه يقصد به العتق ، ويعتبر من الثلث ، لأنه تبرع بالمال بعد الموت ، فهو كالوصية . ونقل عنه حنبل : أنه من رأس المال ، وليس عليه عمل . وذكر أبو بكر أنه كان قولاً قديماً ، رجع عنه .

فصل : ويجوز مطلقاً ومقيداً ، فالمطلق كما ذكرنا ، والمقيد نحو أن يقول : إن مت من مرضى هذا ، أو فى هذا البلد ، فأنت حر ، لأنه تعليق على صفة ، فجاز مطلقاً ومقيداً. كتعليقه على دخول الدار . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى ، جاز ، لأنه تعليق على صفة ، فجاز تعليقه على صفة أخرى ، كما ذكرنا . فإن دخل الدار فى حياة السيد ، فهو مدبر ، وإن لم يدخل حتى مات ، بطلت الصفة بالموت ، لأنه يزول به الملك ، ولم يوجد التدبير ، لعدم شرطه .

فصل : ويجوز تدبير المعلق عتقه على صفة ، وتعليق عتق المدبر على صفة ، لأن التدبير تعليق على صفة ، فلا يمنع التعليق على صفة أخرى ، كغيره من الصفات . فإن وجدت إحداهما ، عتق وبطلت الأخرى ، لزوال الرق قبل وجودها . ويجوز تدبير المكاتب ، كما يجوز تعليق عتقه على صفة ، وتجوز كتابة المدبر ، كما

يجوز أن يبيعه نفسه . فإذا كاتبه ودبره ، فأدى كتابته قبل موت سيده ؛ عتق وبطل التدبير . فإن مات السيد قبل الأداء ؛ عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقى من كتابته، وبطلت الكتابة . وإن لم يحمله الثلث ، عتق منه قدر الثلث ، وسقط من مال الكتابة بقدر ما عتق ، وهو على الكتابة فيما بقى ، وما فى يده من الكسب له فى الحالين ، لأنه كان مملوكاً له ولم يوجد ما يخرجه عن يده ، فبقى له ، كما لو أبرأه من مال الكتابة ، ويحتمل أن تكون كتابة المدبر رجوعاً فى تدبيره ، إن قلنا : أنه يملك إبطاله بالرجوع فيه ، ولا يصح تدبير أم الولد ، لأنها تستحق العتق بموت سيدها ، بسبب مؤكد ، فلا يفيد التدبير . ولو استولد المدبرة ، بطل تدبيرها لذلك .

فصل : ويجوز بيع العبد المدبر ، لما روى جابر بن عبد الله : أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر منه ، ولم يكن له مال غيره ، فاحتاج . فقال رسول الله ﷺ : « **من يشتريه منى ؟** فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه وقال : **أنت أحوج منه** »[1] متفق عليه. ولأنه إما وصية ، أو تعليق على صفة ، وأيهما كان ، لم يمنع البيع . وعن أحمد : لا يباع إلا فى الدين ، أو حاجة صاحبه، لأن النبى ﷺ إنما باعه لحاجة صاحبه ، وعنه : لا يجوز بيع المدبرة خاصة، لأن بيعها ، إباحة فرجها . والحكم فى هبته ووقفه ، كالحكم فى بيعه، واكتسابه ومنافعه، وأرش الجناية عليه لسيده، لأنه كالقن . وإن جنى فسيده بالخيار بين فدائه ، أو تسليمه للبيع، كالقن. وإن مات السيد قبل ذلك ، عتق ، وأرش جنايته فى تركته ، لأنه عتق من جهته ، فتعلق الأرش بماله ، كالمنجز . وإن كانت الجناية لا تستغرق قيمته ، فبيع بعضه فيها ، فباقيه باق على التدبير ، لأن المانع اختص ببعضه ، فوجب أن يختص المنع به .

فصل : وإذا زال ملكه عن المدبر ، ببيع أو غيره، ثم عاد إليه ، رجع التدبير بحاله، لأنه علق العتق بصفة ، فلم تبطل بالبيع ، كالتعليق بدخول الدار . وفيه وجه

---

(١) رواه البخارى [٢٢٣١]، ومسلم [٩٩٧]، وأبو داود [٣٩٥٦]، والترمذى [١٢١٩]، والنسائى (٢٦٧/٧)، وابن ماجه [٢٥١٣]، وأحمد (٣٠٨/٣).

آخر: أنه يبطل بالبيع ، لأنه وصية ، فبطل بالبيع ، كالوصية له بمال .

فصل : ولو دبره بمال، ثم قال : قد رجعت في تدبيري ، أو أبطلته ، لم يبطل ، لأنه تعليق بصفة ، فأشبه تعليقه بدخول الدار . وعنه : يبطل ، لأنه تصرف معلق بالموت يعتبر من الثلث ، فأشبه الوصية . فإن قال للمدبر : إن أديت إلى ورثتي ألفاً، فأنت حر ، فهو رجوع ، لأنه وقفه على أداء ألف ، وذلك مناف للتدبير ، فأشبه قوله: رجعت في تدبيري . والصبي كالبالغ في هذا ، لأنه مثله في التدبير ، فكان مثله في الرجوع فيه .

فصل : وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، لم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، أو وصية ، وكلاهما لا يسرى ، ويحتمل أن يضمن ويصير كله مدبراً له ، لأنه سبب يوجب العتق بالموت فسرى ، كالاستيلاد . فإن أعتق الآخر نصيبه ، سرى العتق إلى جميعه ، وقوّم عليه نصيب شريكه ، لحديث ابن عمر . ويحتمل أن لا يسرى العتق فيه ، إذا قلنا : إنه لا يجوز بيعه .

فصل : وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها ، فولدها بمنزلتها ، لأنها تستحق الحرية بالموت ، فيتبعها ولدها ، كأم الولد . ولا يتبعها ولدها الموجود قبل التدبير ، لأنه لا يتبع في حقيقة العتق ، ففي تعليقه أولى . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه يتبعها في التدبير . وإن دبر عبده ، ثم أذن له في التسرى ، فولد له ولد ؛ لم يكن مدبراً ، لأن أمه غير مدبرة . وعنه : أنه يصير مدبراً ، لأنه ولده من أمته فيتبعه ، كولد الحر . إذا صار ولده مدبراً لتدبير أمه ، فبطل تدبيرها لبيعها ، والرجوع في تدبيرها ، لم يبطل في ولدها ، لأنه استحق الحرية ، فلم يبطل حقه ، لمعنى وجد في غيره ، كما لو باشره بالتدبير .

فصل : ويصح تدبير الصبي المميز ، والسفيه ، لما ذكرنا في صحة وصيتهما . ويصح تدبير الكافر ، لأنه يصح إعتاقه . فإن أسلم مدبره ، أمر بإزالة ملكه عنه ، لأن الكافر لا يمكّن من استدامة الملك على مسلم ، مع إمكان بيعه . وفيه وجه آخر : أنه

لا يباع ، لأنه استحق الحرية بالموت ، فأشبه أم الولد إذا أسلمت ، ولكن تزال يده عنه، وينفق عليه من كسبه . فإن لم يكن ذا كسب ؛ فنفقته على سيده، كأم الولد إذا أسلمت . وإن دبر المرتد عبده، كان تدبيره موقوفاً، كسائر تصرفاته، فإن أسلم تبينا صحة تدبيره . وإن مات على الردة ، تبينا بطلانه . وعنه : أن ملكه يزول بنفس الردة ؛ فيكون تدبيره باطلا، وهذا قول أبي بكر . وإن ارتد بعد التدبير وقتل بردته، أو مات، بطل التدبير، لأن ملكه زال في حياته . وإن رجع صح تدبيره ؛ لأنا تبينا بقاء ملكه، أو رجوعه إليه بإسلامه بعد زواله.

فصل : إذا ادعى العبد أن سيده دبره ، فأنكر ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لقول النبي ﷺ : « **ولكن اليمين على المدعى عليه** »[1] رواه مسلم ، والبخاري بمعناه . فإن أقام العبد بينة ، ثبت تدبيره . وهل يكفي شاهد ويمين ، أو رجل وامرأتان ، أم لا يكفي إلا رجلان ؟ على روايتين ، كما ذكرنا في العتق ، ويتخرج أن لا تسمع دعوى العبد بناء على أن للسيد الرجوع في التدبير . وهل يكون إنكار السيد رجوعاً عنه ؟ على وجهين ، بناء على الوصية .

فصل: وإن قتل المدبر سيده بطل تدبيره ، لأنه استحقاق علق بالموت من غير فعل ، فأبطله القتل ، كالإرث والوصية . والله أعلم.



(١) رواه البخاري [٢٥١٤، ٤٥٥٢] ومسلم [١٧١٢]، وأبو داود [٣٦١٩]، والترمذي [١٣٤٢]، والنسائي (٢١٨/٨) وابن ماجه [٢٣٢١] وأحمد (٣٤٢/١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وأوله: «لو أن الناس أعطوا بدعواهم» ــ الحديث.

باب
الكتابة

وهي مندوب إليها في حق من يعلم فيه خيراً ، لقول الله تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور: ٣٣]. يعنى : كسباً وأمانة ، فى قول أهل التفسير . وعنه رواية أخرى: أنها واجبة ، إذا دعا العبد الذى فيه خيرٌ سيده إليها ، لظاهر الآية ، ولأن عمر أجبر أنساً على كتابة سيرين[1] ، والأول ظاهر المذهب ، لأنه إعتاق بعوض، فلم يجب كالإستسعاء ، والآية محمولة على الندب ، وقول عمر يخالفه فعل أنس، فأما من لا كسب له ، ففيه روايتان: إحداهما– تكره كتابته ، لأنه يصير كلاً على الناس . والثانية– لا تكره ، لعموم الأخبار فى فضل الإعتاق . وإن دعا هذا سيده إلى الكتابة ، لم يجبر رواية واحدة . وإن دعا السيد عبده إلى الكتابة ، لم يجبر عليها ، لأنه إعتاق على مال ، فلم يجبر عليه كغير الكتابة .

فصل : ولا تنعقد إلا بالقول ، وتنعقد بقوله : كاتبتك على كذا ، لأنه لفظها الموضوع لها ، فانعقدت به ، كلفظ النكاح فيه . ويحتمل أن يشترط أن يقول : إذا أديت إليّ ، فأنت حر ، لأنه إعتاق معلق على شرط ، فاعتبر ذكره ، والأول أولى .

فصل : ولا تصح إلا من جائز التصرف ، مسلماً كان أو كافراً ، لأنها تصرف فى المال ، فأشبهت البيع . فأما المميز من الصبيان ، فيصح أن يكاتب عبده بإذن وليه ولا يصح بغير إذنه ، كما فى بيعه ، ويحتمل أن لا تصح بحال ، لأنه إعتاق . وإن كاتب السيد عبده المميز ، صح ، لأن إيجاب سيده له الكتابة إذن منه فى قبولها .

---

(١) **صحيح**. رواه البخارى تعليقاً بصيغة الجزم فى المكاتب باب المكاتب ونجومه فى كل سنة نجم، ووصله عبد الرزاق [١٥٥٧٨]، والبيهقى (٣١٩/١٠)، من طريق سعيد بن أبى عروبة، عن قتادة، عن أنس بن مالك ﷺ به. وإسناده صحيح، وقال ابن حزم فى «المحلى» (٢٤٥/٩): وهذا أحسن ما روى عن عمر وسائرها منقطع. اهـ.

وإن كاتب عبده المجنون أو الطفل ، فهو عقد باطل ، وجوده كعدمه ، إلا أن القاضي قال : يعتق بالأداء ، لأن الكتابة تعليق الحرية بالأداء ، فإذا بطلت الكتابة ، كان عتقهما بحكم الصفة المحضة . وقال أبو بكر : لا يعتق ، لأن الكتابة ليست بصفة ، ولا يعتبر ذكر الصفة فيها بحال.

فصل : ولا تصح إلا على عوض ، لأنها عقد معاوضة ، فأشبه البيع . ومن شرطه أن يكون مؤجلاً ، لأن جعله حالاً يفضي إلى العجز عن أدائه ، وفسخ العقد بذلك ، فيفوت المقصود . وأن يكون منجماً نجمين فصاعداً في قول أبي بكر ، وظاهر كلام الخرقي ، لأن علياً ﷺ قال : الكتابة على نجمين ، والإيتاء من الثاني[1] . وقال ابن أبي موسى : يجوز جعل المال كله في نجم واحد ، لأنه عقد شرط فيه التأجيل ، فجاز على نجم واحد ، كالسلم ، ولأن القصد بالتأجيل إمكان التسليم عنده ، ويحصل ذلك في النجم الواحد . والأحوط نجمان فصاعداً . ويجب أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم في كل نجم قدر المؤدى ، وأن يكون العوض معلوماً بالصفة ، لأنه عوض في الذمة ، فوجب فيه العلم بذلك ، كالسلم . ولا تصح إلا على عوض يصح السلم فيه ، لما ذكرناه ..وذكر القاضي : أنه يحتمل أن يصح على عبد مطلق ، بناء على قوله في النكاح والخلع ، والصحيح ما قدمناه.

فصل : وتجوز الكتابة على المنافع ، لأنها تثبت في الذمة بالعقد ، فجازت الكتابة عليها ، كالمال . وتجوز على مال وخدمة ، لأن كل واحد منهما ، يصح أن يكون عوضاً منفرداً ، فصح مع الآخر ، كالمالين . فإن كاتبه على خدمة شهر ، أو شهرين متواليين ، فهو كالنجم الواحد ، لأنها مدة واحدة ، وإن قال : على أن

---

(١) **ضعيف.** رواه ابن أبي شيبة (٦/٣٩٠)، ومن طريقه البيهقي (١٠/٣٤٢)، عن عباد بن العوام، عن الحجاج، عن حصين، عن الشعبي، عن الحارث، عن علي قال: إذا تتابع على المكاتب نجمان فدخل في السنة فلم يؤد نجمه، رد في الرق. وإسناده ضعيف فيه الحارث الأعور وهو متهم وفي حديثه ضعف، وحصين بن عبد الرحمن الحارثي وهو مقبول، والحجاج بن أرطأة وهو صدوق كثير الخطأ والتدليس، كما في «التقريب»، والحديث ضعفه البيهقي في «السنن»، وفي «المعرفة» (١٤/٤٦٦)، والحافظ في «الدراية» (٢/١٩٢).

تخدمني شهراً ، ثم تخدمني عقيبه شهراً آخر ، صح ، لأنهما نجمان . وإن قال : على خدمة شهر ودينار بعده بيوم ، صح ، لأنهما نجمان . وإن جعل الدينار مع انقضاء الشهر ، أو فيَ أثنائه ، صح ، لأن الخدمة بمنزلة العوض الحال ، فصار كالأجلين ، ويحتمل أن لا يصح ، لأنهما في مدة واحدة فكانا نجماً واحداً . وإن جعل الدينار حالاً ، عقيب العقد ، لم يصح ، لأنه عوض حال معجوز عنه ، بخلاف الخدمة ، فإنها وإن كانت بمنزلة الحال ، فهو قادر عليها .

فصل : والكتابة عقد لازم لا يملك العبد فسخها بحال . وعنه : أنه يملكه ، ولا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب ، لأنه أسقط حقه منه بالعوض ، فلم يملك ذلك قبل العجز عنه ، كالبيع . وللعبد الامتناع من الأداء ، لأنه جعل شرطاً في عتقه ، فلم يلزم ، كدخول الدار . ولا تبطل بموت السيد ، ولا جنونه ، ولا الحجر عليه ، ولا جنون العبد ، لأنه عقد لازم ، فأشبه البيع ، وتنتقل بموت السيد إلى ورثته ، لأنه مملوك لموروثهم فانتقل إليهم ، كالقن . فإذا أدى إليهم ، عتق ، وولاؤه لمكاتبه ، لأن السبب وجد منه . ولا يجوز شرط الخيار في الكتابة ، لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال ، والسيد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده ، فلا معنى للخيار . وإن اتفقا على الفسخ جاز ، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال ، فجاز فسخه بالتراضي ، كالبيع .

فصل : ويجوز بيع المكاتب ، لأن بريرة قالت لعائشة رضي الله عنها: يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعينيني على كتابتي ، فقال النبي ﷺ لعائشة : « **اشتريها** »[1] متفق عليه . ولأنه سبب يجوز فسخه ، فلم يمنع البيع كالتدبير . وعنه : لا يجوز بيعه ، لأن سبب العتق ثبت له على وجه لا يستقل السيد برفعه ، فمنع البيع ، كالاستيلاد . والأول أظهر ، فإن باعه ، لم تبطل الكتابة لأنها عقد لازم ، فلم تبطل ببيعه كالنكاح ، ويكون في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته ، فإذا أدى عتق ، وولاؤه له . وإن عجز ، فله الفسخ ، ويعود رقيقاً له

(١) سبق تخريجه (٢/٣٠).

لأن البائع نقل ماله من الحق فيه إلى المشترى فصار بمنزلته . وإن لم يعلم المشترى أنه مكاتب، فله الخيار بين فسخ البيع ، وأخذ ما بينه سليماً ومكاتباً ، لأنه عيب ، فأشبه سائر العيوب. والحكم في هبته والوصية بـه ، كالحكم في بيعه، لأنه نقل للملك فيه . ولا يجوز وقفه ، لأنه معرض لزوال الرق فيه ، والوقف يجب أن يكون مستقراً .

فصل : فإن اشترى المكاتب مكاتباً آخر ، صح ، سواء اشتراه من سيده ، أو من أجنبي ، لأن المشترى أهل للشراء ، والمبيع محل له ، فصح ، كما لو اشترى عبداً . فإن عاد المبيع فاشترى سيده ، لم يصح ، لأنه لا يصح أن يملك مالكه.

بَابُ
مَا يملكه المكاتبُ وَمَا لا يملكه

يملك المكاتب اكتساب المال بالبيع ، والإجارة ، والأخذ بالشفعة ، وأخذ الصدقة ، والهبة ، وكسب المباحات ، والسفر ، لأنه من أسباب الكسب ، وهو مع المولى ، كالأجنبي في ضمان المال ، وبذل المنافع ، وأرش الجنايات ، وجريان الربا بينهما لأنه صار بما بذله من العوض كالحر. وقال ابن أبي موسى : لا ربا بينهما ، لأنه ملك لسيده . قال بعض أصحابنا : ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ، ويضع عنه بعض كتابته ، لأن مال الكتابة ليس بمستقر ، ولذلك لا يصح ضمانه ، فليس بدين صحيح ، فكأن السيد أخذ بعضاً ، وأسقط بعضاً .

فصل : ويملك التصرف في المال بما يعود لمصلحته ومصلحة ماله ، فيجوز أن ينفق على نفسه ، لأن هذا من أهم مصالحه ، وعلى رقيقه ، وحيواناته ، وله أن يفدى نفسه ورقيقه من الجناية ، لأن فيه مصلحته ، وله أن يختن غلامه ويؤدبه ، لأنه صلاح للمال ، وله أن يقتص من الجناية عليه ، وعلى رقيقه ، ويأخذ الأرش ،

لأن فيه مصلحة . ذكره القاضي . وقال أبو بكر وأبو الخطاب : لا قصاص له في جناية بعض رقيقه على بعض ، لأن فيه إتلاف المال على سيده .

فصل : وليس له إقامة الحد على رقيقه ، لأن طريقه الولاية ، والمكاتب ليس من أهل الولاية ، وليس له أن يتصدق ولا يتبرع ، ولا يعتق الرقيق ، ولا يحج بماله ، ولا يهب ولا يحابي ، ولا يبرئ من الدين ، ولا يكفر بالمال ، ولا ينفق على أقاربه ، ولا يقرض ، ولا يسرف في النفقة على نفسه ، لأن حق السيد متعلق بإكسابه ، فإنه ربما عجز فصار إلى سيده . وإن كانت أمة مزوجة ، لم يملك بذل العوض في خلعها ، ولا تعجيل قضاء دين مؤجل ، لأنه تبرع يمنع التصرف في المال من غير حاجة إليه . وإن كان مكاتباً بين نفسين ، لم يكن له تقديم حق أحدهما ، لأن ما يقدمه يتعلق به حق الآخر ، ولا يملك فداء جنايته ، أو جناية رقيقه بأكثر من قيمته، لأن الفداء كالابتياع . ولا يملك التزوج ولا التسري ، لأنه تلزمه النفقة والمهر في التزويج ، ولا يأمن حبل الأمة ، فتتلف بالولادة . وما فعل من هذا كله بإذن السيد ، جاز ، لأن المنع لأجله ، فجاز بإذنه ، كتصرف الراهن بإذن المرتهن . وإن وهب المولى أو أقرضه ، أو حاباه أو فدى جنايته عليه بأكثر من أرشها ، جاز لاتفاقهما عليه.

فصل : وليس له التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط ، لأن حق المولى متعلق بأكسابه، فلا يبيع نسأ ، وإن أخذ به رهناً ، أو ضميناً . ويحتمل الجواز لما ذكرنا في المضارب . وإن باع ما يساوي مائة بمائة نقداً وعشرين نسيئة ، جاز ، لأنه لا ضرر فيه وليس له أن يضارب بماله ، لأنه يخاطر به ، ولا يرهنه ، لأنه يخرج ماله بغير عوض. وفيه وجه آخر : أنه يجوز له رهنه والمضاربة به ، لأنه قد يرى الحظ فيه ، بدليل أن لولي اليتيم فعله في مال اليتيم ، فجاز ، كإجارته .

فصل : وإذا استولد أمته ، صارت أم ولد له ، لأنها علقت منه في ملكه ، وليس له بيعها . نص عليه . وتكون هي وولدها منه موقوفين، إن عتق بالكتابة ، عتق الولد وأمه أم ولد . وإن رق ، رقا . وذكر القاضي في موضع آخر أن الأمة لا تصير أم

ولد، لأنها علقت بمملوك ، وله بيعها ، وليس له مكاتبة رقيقه ، لأنه إعتاق . واختار القاضي أن له ذلك ، لأنه معاوضة فملكه ، كالبيع . وقال أبو بكر : إعتاقه وكتابته موقوفان، إن أدى وهما في ملكه نفذا ، وإلا بطلا ، كالقول في ذوى أرحامه. والأول أصح ، لأن العتق تبرع ، فلم يصح كالهبة . ومن لا يصح إعتاقه ، لا تصح كتابته ، كالمأذون ، وليس له تزويج الرقيق . وحكى عن القاضي : أن له تزويج الأمة دون العبد ، لأنه معاوضة . وقال أبو الخطاب : له تزويجهما إذا رأى المصلحة فيه ، لأنه تصرف في الرقيق بما فيه المصلحة ، فجاز ، كختان العبد . والأول أصح ، لأن في التزويج ضرراً بالمال ونقصاً في القيمة ، وليس هو من جهات المكاسب . قال القاضي : وله أن يشترى ذوى رحمه ، لأنه لا ضرر على السيد فيهم فإنه إن عجز فهم عبيد ، وإن عتق ، لم يضر السيد عتقهم . وقال أبو الخطاب : ليس له شراؤهم ، لأنه يبذل ماله فيما لا يجوز له التصرف فيه ، ويلزمه نفقته ، لكن يصح أن يملكهم بالهبة ، والوصية ، أو بالشراء بإذن السيد ، وعلى كل القولين إذا ملكهم، لم يعتقوا بمجرد ملكه لهم ، لأنه لا يملك إعتاقهم بالقول ، فلا يحصل العتق بالملك القائم مقامه ، ولا يملك بيعهم ، ولا إخراجهم عن ملكه ، لأن من يعتق عليه ينزل منزلة جزئه ، فلم يجز بيعه ، كبعضه . فإن أدى ، عتق وكمل ملكه فيهم ، فعتقوا حينئذ ، وولاؤهم له دون سيده . وإن رق رقوا ، ونفقتهم على المكاتب، لأنهم عبيده . وإن أعتقهم السيد ، لم يصح ، لأنهم ليسوا عبيداً له . وإن اشترى المكاتب زوجته ، أو المكاتبة زوجها ، صح ، لأنه يملك التصرف فيه . وإذا ملك أحدهما صاحبه ، انفسخ النكاح ، لأنه لا يجتمع ملك اليمين وملك النكاح. ولو زوج ابنته من مكاتبه ، فمات السيد قبل عتقه ، انفسخ النكاح ، لأنها لما ملكته أو جزءاً من أجزائه، انفسخ النكاح ، كما لو اشترته .

فصل : وإن حبس المكاتب أجنبي عن التصرف ، فعليه أجرة مثله ، لأنه فوت منافعه ، فلزمه عوضها ، كالعبد . وإن حبسه سيده ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها– تلزمه أجرة مثله ، لما ذكرنا . والثاني– لا يحتسب عليه بمدة الحبس ، لأنه يلزمه تمكينه

من التصرف مدة الكتابة ، فإذا منعه ، لم يحتسب بها عليه . والثالث– يلزمه أرفق الأمرين به ، لأنه وجد سببهما ، فكان للمكاتب أنفعهما . وإن قهره أهل الحرب فحبسوه ، لم يلزم السيد إنظاره ، لأن الحبس من غير جهته .

فصل : وليس للسيد وطء مكاتبته من غير شرط ، لأنه زال ملكه عن استخدامها، وأرش الجناية عليها ، فزال حل وطؤها كالمعتقة . وإن شرط فى عقد الكتابة ، صح الشرط، لأنه شرط منفعتها مع بقاء ملكه عليها ، فصح، كما لو شرط خدمتها مدة ، وإن وطئها مع الشرط ، فلا مهر عليه ، لأنه يملكه ، فأشبه وطء أم ولده . وإن وطئها من غير شرط ، أدب لأنه وطئ وطأ محرماً ، ولا حد عليه ، لأنها مملوكته ، ولها عليه مهر مثلها ، سواء أكرهها ، أو طاوعته ، لأنه عوض منفعتها ، فوجب لها ، كما لو استخدمها . وإن علقت منه ، فالولد حر ، لأنه ولده من أمته ، ولا يلزمه قيمته لذلك ، وتصير أم ولد له ، لأنه أحبلها بحر فى ملكه ، والكتابة بحالها . فإن أدت ، عتقت ، وإن عجزت ، عتقت بموته ، لأنها من أمهات الأولاد ، وما فى يدها لورثة سيدها . وإن مات السيد قبل عجزها ، عتقت ، لأنه اجتمع لها سببان يقتضيان العتق ، فأيهما سبق عتقت ، وما فى يدها لها . ذكره القاضى ، لأن العتق إذا وقع فى الكتابة ، لا يبطل حكمها ، ولأن الملك كان ثابتاً لها ، والعتق لا يقتضى زواله عنها ، فأشبه ما لو عتقت بالإبراء من مال الكتابة . وقال الخرقى وأبو الخطاب: ما فى يدها لورثة سيدها ، لأنها عتقت بحكم الاستيلاد، فأشبه غير المكاتبة، ولو أعتقها سيدها ، أو عتقت بالتدبير ، احتمل أن يكون كذلك ، واحتمل أن يكون ما فى يدها لها بكل حال ، لأن إعتاقها برضى من المعتق ، رضى منه بإعطائها مالها ، بخلاف العتق بالاستيلاد .

فصل : وولد المكاتبة من غير سيدها بعد كتابتها ، بمنزلتها ، لأنها استحقت الحرية بسبب قوى ، فتبعها ولدها ، كأم الولد. وسواء حملت به بعد الكتابة ، أو كانت حاملاً عند كتابتها ، ونفقته عليها ، لأنه تبعها فى حكمها ، وكسبه لها لذلك ، وإن قتل ، فقيمته لها ، لأنه بمنزلة جزئها ، وبدل جزئها لها . فإن أعتقه

السيد ، نفذ عتقه . نص عليه ، لأنه عبد له فصح عتقه ، كأمه . وإن كان ولدها جارية ، لم يملك السيد وطأها ، لأنه لا يملك وطء أمها ، وحكمها حكم أمها. وإن وطئها ، فلا حد عليه للشبهة . وعليه مهرها ، حكمه حكم كسبها . وإن علقت منه ، صارت أم ولد له بشبهة الملك ، ولا يلزمه قيمتها ، لأن القيمة تجب لمن يملكها ، والأم لا تملك رقبتها ، إنما هي موقوفة عليها ، ويحتمل أن تلزمه قيمتها لأمها ، كما لو قتلها ، والحكم في وطء جارية المكاتبة ، كالحكم في وطء بنتها ، إلا أنه يلزمه قيمتها إذا أحبلها لمولاتها ، لأنها مملوكتها . ووطء جارية المكاتب ، كوطء جارية المكاتبة سواء .

فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ، ثم وطئها أحدهما ، أدب ولا حد عليه ، لشبهة الملك ، وعليه المهر لها ، لما قدمناه . فإن أولدها ، فولده حر ، وتصير أم ولد له ، وعليه نصف قيمتها لشريكه ، لأنه فوت رقها عليه . فإن كان موسراً أداه ، وإن كان معسراً ففي ذمته ، هذا ظاهر كلام الخرقي ، لأن الإحبال أقوى من الإعتاق ، بدليل نفوذه من المجنون ، وتصير أم ولد للواطئ ومكاتبته له ، كما لو اشترى نصفها من شريكه . وقال القاضي : إن كان الواطئ معسراً ، لم يسر إحباله إلى نصيب الشريك ، لأنه إعتاق ، فلم يسر مع الإعسار ، كالقول ، ويصير نصفها أم ولد، فإن عجزت ، استقر الرق في نصفها ، وثبت حكم الاستيلاد لنصفها. وإن كان الواطئ موسراً ، فنصفها أم ولد ، ونصفها موقوف، إن أدت ، عتقت، وإن عجزت ، فسخت الكتابة ، وقوّمت حينئذ على الواطئ ، وصار جميعها أم ولد له. وأما الولد ، فهو حر ، ونسبه لاحق بالواطئ . وهل تجب نصف قيمته ؟ فيه روايتان: إحداهما– تجب ، لأنه كان من سبيله أن يكون عبداً ، فقد أتلف رقه بفعله ، فكان عليه نصف قيمته . والثانية– لا تجب قيمته ، لأنه انتقل نصيب شريكه إليه حين علقت به ، ولا قيمة له في تلك الحال ، فلم يضمنه . قال القاضي : الرواية الأولى أصح على المذهب ، ويكون الواجب لأمه إن كانت في الكتابة ، لأنه بدل ولدها . قال أبو بكر : إن وضعته بعد التقويم ، فلا شئ على الواطئ ، لأنها وضعته في ملكه

وإن كان قبله ، غرم نصف قيمته .

فصل : فإن وطئها الثاني بعد وطء الأول ، وكانت باقية على الكتابة ، فعليه المهر لها . وإن كانت قد عجزت وقوّمت على الأول ، فالمهر له . وإن لم تقوّم على الأول ، فمهرها بينهما . فإن أولدها الثاني بعد الحكم بأنها أم ولد الأول ، لم تصر أم ولد للثاني ، وحكم ولدها حكمها ، كما لو ولدت من أجنبي وإن كان قبل الحكم بأنها أم ولد للأول ، صار نصفها أم ولد للثاني ، ونصفها أم ولد للأول .

فصل : ويجب على السيد إيتاء المكاتب من المال قدر ربع الكتابة ، لقول الله تعالى : ﴿ **وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ** ﴾ [النور: ٣٣]. وروى على ﷺ أن النبي ﷺ قال في هذه الآية : «**يحط عنه الربع**»[1] أخرجه أبو بكر . وهذا نص، وروى موقوفاً على على ﷺ . ويخير السيد بين وضعه عنه ، وبين دفعه إليه ، لأن الله تعالى نص على الدفع إليه ، فنبه به على الوضع ، لكونه أنفع من الدفع لتحقق النفع به في الكتابة ، فإن اختار الدفع ، جاز بعد العقد ، للآية . ووقت الوجوب بعد العتق ، لقوله تعالى : ﴿ **وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ** ﴾ . فإذا آتى ما عليه ، عتق . وقال على : الكتابة على نجمين ، والإيتاء من الثاني[2] ، ويجب الإيتاء من جنس مال الكتابة ، للآية . فإن اتفقا على غير ذلك ، جاز ، لأن الحق لهما ، فجاز باتفاقهما . وإن مات السيد بعد العتق وقبل الإيتاء ، فذلك دين في تركته يحاص به غرماؤه ، لأنه حق لآدمى فلم يسقط بالموت ، كسائر حقوقه .



(١) **صحيح موقوفا**. رواه النسائي في «الكبرى» [٥٠٣٥]، والحاكم (٣٩٧/٢)، والبيهقي (٣٢٩/١٠) من طريق ابن جريج، قال: ثنا عطاء بن السائب، عن عبد الله بن حبيب، عن على ﷺ مرفوعاً، ورواه النسائي في «الكبرى» [٥٠٣٨]، وعبد الرزاق [١٥٥٩٠]، والبيهقي (٣٢٩/١٠) من حديث على ﷺ موقوفاً، وصحح الموقوف النسائي والبيهقي والدارقطني كما قال الحافظ في «التلخيص» (٢١٧/٤).

(٢) سبق تخريجه (٤٢٠/٢).

باب
الأداء والعجز

لا يعتق المكاتب حتى يبرأ من مال الكتابة بالأداء ، أو الإبراء ، لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « **المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم** »[١] رواه أبو داود . وقال أصحابنا ، إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع ، عتق ، لأنه حق له ، فلا تتوقف حريته على أدائه ، كأرش جناية سيده عليه . وإن أبرأه سيده ، عتق لأنه لم يبق عليه شئ .

فصل : وإن عجلت الكتابة قبل محلها وفي قبضها ضرر ، لم يلزمه قبضه قبل محله ، كالسلم . وإن لم يكن في قبضه ضرر ، لزم قبضه وعتق العبد ، لأن الأجل لمن عليه الدين . فإذا رضي بإسقاط حقه ، يجب أن يسقط كسائر الحقوق . وعنه : لا يلزمه قبضه ، لأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ، ولم يرض بزواله ، فلم يزل ، كما لو علق عتقه بمضي تلك المدة . وعنه : أنه يعتق إذا ملك ما يؤدي ، لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « **إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه** »[٢] رواه الترمذي ، وقال حديث حسن صحيح . فعلى هذا إن امتنع من الأداء ، أجبره الحاكم عليه .

---

(١) **حسن**. رواه أبو داود [٣٩٢٦] ، والبيهقي (١٠/٣٢٤) ، والطبراني في «مسند الشاميين» [١٣٨٦] من طريق إسماعيل بن عياش ، عن سليمان بن سليم ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده. وإسناده حسن ، رجاله ثقات غير إسماعيل بن عياش فإنه صدوق في روايته عن الشاميين ، وشيخه سليمان منهم فهو شامي ثقة ، كما في «التقريب».

(٢) **ضعيف**. رواه أبو داود [٣٩٢٨] ، والترمذي [١٢٦١] ، وابن ماجه [٢٥٢٠] ، وأحمد (٦/٢٨٩) ، وابن حبان [٤٣٢٢] ، والحاكم (٢/٢١٩) ، والبيهقي (١٠/٣٢٧) من طريق نبهان ، مولى أم سلمة ، عن أم سلمة رضي الله عنها به ، وإسناده ضعيف فيه نبهان مولى أم سلمة وهو مجهول ، كما قال الذهبي في «الضعفاء» ، وأشار البيهقي إلى أنه لم يخرج من حد الجهالة ، ونقل عن الإمام الشافعي تضعيف الحديث حيث قال : لم أر من رضيت من أهل العلم يثبت هذا الحديث. اهـ.

فصل : وإذا حل نجم فعجز عن أدائه ، فللسيد الفسخ ، لأنه تعذر العوض فى عقد معاوضة ، ووجد عين ماله ، فكان له الرجوع ، كما لو باع سلعة فأفلس المشترى قبل نقد ثمنها . وعنه : لا يعجز حتى يحل نجمان ، لأن ما بينهما محل الأداء الأول ، فلا يتحقق عجزه حتى يحل الثانى . وعنه : لا يعجز حتى يقول: عجزت ، وللسيد الفسخ بغير حاكم ، لأنه مجمع عليه ، أشبه الرد بالعيب. وإن امتنع العبد من الأداء مع إمكانه ، فظاهر كلام الخرقى : أن للسيد الفسخ، وهو قول جماعة من أصحابنا ، لأن التعذر حاصل بالامتناع ، كحصوله بالعجز . وقال أبو بكر: ليس له الفسخ ، لأنه أمكن الاستيفاء بإجباره على ذلك ، وتعذر البعض كتعذر الجميع .

فصل : وإن كان معه متاع يريد بيعه فاستنظره لبيعه ، لزمه إنظاره ، لأنه أمكن الإستيفاء من غير ضرر . ولا يلزمه إنظاره أكثر من ثلاث ، لأنها قريبة . وإن كان له مال غائب يرجو قدومه فيما دون مسافة القصر ، فكذلك ، وإن كان أبعد ، لم يلزم إنظاره ، لأن فيه ضرراً . وإن كان له دين حالّ على ملئ ، أو فى يد مودع ، فهو كالغائب القريب . وإن كان على معسر ، أو مؤجلاً ، فهو كالبعيد . وإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده ، فله الفسخ . وإن كان بإذنه ، لم يفسخ ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ليكتب كتاباً إلى حاكم ذلك البلد ، ليأمره بالأداء ، أو يثبت عجزه عنده ، فيفسخ حينئذ . وإن حل والمكاتب مجنون معه مال ، فسلمه إلى المولى، عتق ، لأنه قبض ما يستحقه ، فبرئت به ذمة الغريم . وإن لم يكن معه شئ ، فلسيده الفسخ . فإن فسخ ثم ظهر له مال ، نقض الحكم بالفسخ ، لأننا حكمنا بالعجز فى الظاهر ، وقد بان خلافه ، فنقض ، كما لو حكم الحاكم ، ثم وجد النص بخلافه . وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ ، رجع بما أنفق ، لأنه لم يتبرع به ، بل أنفق على أنه عبده . وإن أفاق بعد الفسخ فأقام بينة أنه كان قد أدى ، نقض الحاكم بالفسخ ، ولم يرجع السيد بالنفقة ، لأنه تبرع بإنفاقه عليه مع علمه بحريته .

فصل : وإن أحضر المكاتب المال ، فقال السيد : هذا حرام ، وأنكر المكاتب ولا

بينة ، فالقول قول المكاتب مع يمينه ، لأنه في يده ، فالظاهر أنه له . فإذا حلف ، خيّر المولى بين أخذه أو إبرائه من مال الكتابة . فإن لم يفعل ، قبضه الحاكم ، لأنه حق تدخله النيابة . فإذا امتنع منه ، قام الحاكم مقامه ، وكذلك إن عجلت الكتابة قبل محلها، وقلنا : يلزمه أخذه، فامتنع ، قام الحاكم مقامه . وروى أن رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال : يا أمير المؤمنين إني كاتبت على كذا وكذا ، وإني أيسرت بالمال ، فأتيته بالمال ، فزعم أنه لا يأخذه إلا نجوماً ، فقال عمر : يا يرفى خذ هذا المال فاجعله في بيت المال ، وأد إليه نجوماً في كل عام ، وقد عتق هذا.[1] رواه الأثرم .

فصل : فإن أدى المكاتب ظاهراً فبان مستحقاً ، تبينا أنه لم يعتق ، لأن العتق بالأداء ، وما أدى . وإن علم بعد موته ، فتركته لمولاه ، أو ورثته ، لأنه مات على الرق. وإن ظهر به عيب ، فللسيد الرد أو المطالبة بالأرش . فإن رضي به معيباً ، استقر العتق . وإن طلب الأرش وأدى إليه ، استقر العتق . وإن لم يؤد إليه بطل العتق ، لأن ذمته لم تتم براءتها من المال . وإن رد المعيب بطل العتق ، إلا أن يعطيه بدله . وقال أبو الخطاب : لا يرتفع العتق ، وله قيمة المعيب ، أو أرشه إن أمسكه . وإن كاتبه على خدمة شهر فمرض فيه ، لم يقع العتق ، لعدم العوض .

فصل : وإن باع ما في ذمة المكاتب ، لم يصح ، لأنه بيع دين ، لا سيما وهو غير مستقر ، فإن قبضه المشتري ، لم يعتق المكاتب ، لأنه لم يقبضه السيد ، ولا وكيله ، وإنما قبضه المشتري لنفسه وهو لا يستحقه. وفيه وجه آخر : أنه يعتق ، لأن السيد أذن للمشتري في قبضه ، فصار قبضه كقبض وكيله.

---

(١) حسن. رواه عبد الرزاق [١٥٧١٣] ، والبيهقي (١٠/٣٣٥)، من طريق إسرائيل، عن عبد العزيز بن رفيع عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم به. وإسناده صحيح رجاله ثقات إلا أنه مرسل، أبو بكر لم يدرك عمر رضي الله عنه ، ويشهد له ما رواه الدارقطني (٤/١١٣) ، والبيهقي (١٠/٣٣٤)، من طريق يحيى بن بكير، عن عبد الله بن عبد العزيز الليثي، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري أنه حدثه عن أبيه فذكر قصة، وفيها قضاء عمر رضي الله عنه ، وفيه عبد الله الليثي وهو ضعيف اختلط بأخرة، كما في «التقريب» ، والحديث يرتقي إلى درجة الحسن كما ذهب إلى ذلك أبو بكر النيسابوري (سنن البيهقي ـ ١٠/٣٣٥).

فصل : وإذا جنى المكاتب بدئ بجنايته قبل كتابته ، لأن جنايته تقدم على حق المالك وإن كان قناً ، فعلى حقه في المكاتب أولى . فإن أداهما ، عتق ، وإن عجز عن أدائهما ، فلكل واحد منهما تعجيزه . فإن عجّزه ولي الجناية ، بيع فيها إن استغرقته ، وإلا بيع منه بقدر جنايته ، وباقيه على الكتابة ، متى أدى كتابة باقيه عتق وهل يسرى عتقه ويقوم على سيده إن كان موسراً ؟ على وجهين . وإن عجّزه السيد ، عاد قناً وخيّر بين فدائه أو تسليمه ، كعبده القن . فإن أعتقه السيد فعليه فداؤه أيضاً ، لأنه أتلف محل الحق . وإن كان عليه دين من معاملة ، بدئ بقضائه مما في يده، لأنه يتعلق بما في يده، ويختص به، والسيد والمجني عليه يرجعان إلى رقبته، فإن فضل شئ ، قدم ولي الجناية . وإن لم يكن له مال ، لم يملك الغريم تعجيزه ، لأن حقه في الذمة ، فلا فائدة في تعجيزه ، بل تركه على الكتابة أنفع له ، لأنه ربما كسب ما يعطيه ، فكان أولى .

باب
الكتابة الفاسدة

إذا كاتبه على عوض محرم ، أو مجهول ، فالعقد فاسد . وإن شرط شرطاً فاسداً، مثل أن يشرط أن يوالي من شاء أو شيئاً من ميراثه ، فالعقد صحيح . فإن عائشة رضي الله عنها قالت : كان في بريرة ثلاث قضيات ، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : « اشتريها وأعتقيها ، فإنما الولاء لمن أعتق »[1] متفق عليه . فحكم فساد الشرط مع أمره بالشراء ، ويتخرج فساد العقد بناء على فساد البيع به ، وإن شرط عليه أن لا يسافر ، ولا يطلب الصدقة ، فالعقد صحيح . وفي الشرط روايتان : إحداهما — هو صحيح ، لأن فيه غرضاً صحيحاً للسيد ، وهو

(١) سبق تخريجه (٢/ ٣٠).

صيانته عن أكل الصدقة ، وصيانة عبده عن التغرر بالسفر . والثانية : هو باطل ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، وهو تمكينه من الكسب ، وأخذ ما فرض الله له من الصدقات.

فصل : ومتى فسد العقد ، فللسيد الفسخ ، لأنه عقد فاسد لا حرمة له ، وسواء كان فيه صفة ، كقوله : إن أديت إليّ ، فأنت حر ، أو لم يكن ، لأن المقصود المعاوضة ، فصارت الصفة مبنية عليها ، بخلاف الصفة المجردة . وله فسخ العقد بنفسه ، لأنه مجمع عليه ، وينفسخ بموت السيد ، وجنونه ، والحجر عليه لسفه ، ولأنه عقد غير لازم فأشبه الوكالة . وقال أبو بكر : لا ينفسخ بذلك ، ولا يبطل بجنون العبد ، لأنه لازم من جهته ، فأشبه العتق المعلق بصفة . وإن أدى ما كوتب عليه ، عتق ، لأن الكتابة جمعت معاوضة وصفة ، فإذا بطلت المعاوضة ، بقيت الصفة ، فعتق بها . وإن أدى إلى غير من كاتبه ، أو أبرأه السيد مما عليه ، لم يعتق ، لأن الصفة لم توجد . وقال أبو بكر : يعتق بالأداء إلى الوارث ، لأنه قام مقام الموروث

وإذا عتق فله ما فضل في يده من الكسب . ويتبع الجارية ولدها ، لأنها أجريت مجرى الصحيحة في العتق ، فتجرى مجراها فيما ذكرنا . وفيه وجه آخر : لا يتبعها ولدها ولا فضلة كسبها ، لأن عتقها بالصفة دون الكتابة . ولا يرجع السيد على العبد بشيء ، لأنها إما عتق بصفة ، وإما مجراه مجرى الكتابة الصحيحة ، وكلاهما لا يثبت فيه حق التراجع .

بَابُ
جَامع الكِتَابة

تصح كتابة بعض العبد ، لأنه عقد معاوضة على نصيب المكاتب ، فصح كبيعه. فإذا كاتبه وكان باقيه حراً فأدى ، كملت له الحرية . وإن كان باقيه قناً

لم تسر الكتابة إليه ، لأنه عقد معاوضة ، فأشبه البيع ، ويصير شريكاً لمالك باقيه في نفسه . فإذا أدى ما كوتب عليه ، ومثله لمالك باقيه ، عتق وسرى العتق إلى سائره إن كان جميعه للمكاتب . وإن كان لغيره والمكاتب موسر ، عتق جميعه ، وإن كان معسراً ، لم يعتق إلا ما كاتبه ، كالإعتاق المنجز . وإذا أذن له شريك المكاتب في الأداء من جميع كسبه ، عتق بأدائه ، كما لو أدى إليهما . وإن كان باقيه مكاتباً ، أو كاتبه السيدان معاً ، جاز ، سواء اتفق العوضان أو اختلفا ، لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع . ولا يملك أن يؤدى إلى أحدهما أكثر مما يؤدى إلى صاحبه ، لأنهما سواء في كسبه ، إلا أن يأذن أحدهما في تعجيل حق الآخر فيجوز . وذكر أبو بكر وجهاً آخر : أنه لا يجوز تخصيص أحدهما بالأداء وإن أذن الآخر فيه ، لأن حقه في ذمته ، لا فيما في يده ، فلم ينفع إذنه فيه ، والأول أصح ، لأن المنع لحقه ، فجاز بإذنه . وإن أدى إليهما في حال واحدة ، عتق عليهما وولاؤه لهما . وإن أدى إلى أحدهما قبل الآخر بإذنه ، أو لكون نصيب المؤدى إليه من العوض أقل ، عتق نصيبه وسرى إلى نصيب الآخر إن كان موسراً في قول الخرقي ، لأنه أعتق شركا له في عبد، وهو موسر ، فعتق عليه كله ، لحديث ابن عمر . وقال أبو بكر : لا يسرى في الحال ، لأن في سرايته إبطال نصيب صاحبه من الولاء الذى انعقد سببه ، وهكذا الخلاف فيما إذا عتق أحدهما نصيبه بالمباشرة، وفيما إذا كان نصفه قناً فأعتقه صاحب القن .

فصل : ويجوز أن يكاتب جماعة من عبيده صفقة واحدة بعوض واحد ، لأن العوض بجملته معلوم ، فصح ، كما لو باع عبدين بثمن واحد ، ويصير كل واحد منهم مكاتباً بحصته من العوض ، ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد ، لأنه عوض ، فتقسط على المعوض بالقيمة ، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً . قال أبو بكر: ويتوجه لأبي عبد الله قول آخر : أن العوض بينهم على عددهم ، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة ، فكان بينهم على السواء ، كما لو أقر لهم بشئ ، والأول أصح. وتعتبر قيمتهم حين العقد ، لأنه حال زوال سلطانه عنهم . وأيهم أدى ، عتق،

لأنه أدى ما عليه فعتق ، كما لو انفرد . وقال ابن أبي موسى : لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة . وإن مات بعضهم ، سقط من مال الكتابة بقدر حصته ، والأول أصح.

فصل : إذا كاتب السيد عبده ، فماله لسيده ، لقول النبي ﷺ : « من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع »[1] ولأنه عقد يزيل ملك السيد عن أكسابه ، فأشبه البيع .

باب
اختلاف السيد ومكاتبه

إذا اختلفا في أصل العقد ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأن الأصل عدمه . وإن اختلفا في قدر مال الكتابة ، أو أجل ، ففيه ثلاث روايات . إحداهن : القول قول السيد ، لأنهما اختلفا في الكتابة ، فأشبه ما لو اختلفا في عقدها . والثانية : القول قول المكاتب ، لأن الأصل عدم الزيادة المختلف فيها . والثالثة : يتحالفان ، لأنهما اختلفا في قدر العوض ، فيتحالفان ، كما لو اختلفا في ثمن المبيع . فإذا تحالفا قبل العتق ، فسخا العقد ، إلا أن يرضى أحدهما بما قال صاحبه . وإن كان التحالف بعد العتق ، رجع السيد على العبد بقيمته ، ورجع العبد بما أداه على سيده.

فصل : وإن وضع السيد عن العبد بعض نجومه ، أو أبرأه منه ، واختلفا في أي النجوم هو ، فالقول قول السيد ، لأنهما اختلفا في فعله . وإن وضع عنه دراهم والكتابة على دنانير ، لم يصح ، لأنه وضع عنه غير ما عليه . فإن قال العبد : إنما أردت دنانير بقيمة الدراهم ، فأنكره السيد ، فالقول قول السيد ، لأن الظاهر معه ،

(١) سبق تخريجه (٢/٥٤).

وهو أعلم بما عنى . وإن أدى كتابته ، فقال السيد : أنت حر ، ثم بان مستحقاً ، لم يعتق ، لأن الظاهر أنه قصد الحرية بناء على ظنه ، وقد بان خلافه . وإن قال العبد : أردت عتقى ، فأنكره السيد ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بقصده . وإن ادعى العبد وفاء الكتابة فأنكره السيد، فالقول قول السيد ، لأن الأصل عدم الوفاء . وإن قال السيد : استوفيت ، فادّعى المكاتب أنه وفاه الجميع ، وقال السيد : إنما وفيت البعض ، فالقول قول السيد ، لأن الاستيفاء لا يقتضى الجميع .

فصل : فإن كان للمكاتبة ولد فقالت : ولدته فى الكتابة ، فقال السيد : بل قبلها فالقول قول السيد ، لأنه اختلاف فى وقت الكتابة ، والأصل عدمها قبل الولادة . وإن زوج السيد مكاتبه أمته ، فولدت منه، واشترى زوجته ، فقال السيد : ولدتْه قبل الشراء ، وقال المكاتب : بل بعده ، احتمل أن تكون كالتى قبلها، واحتمل أن يكون القول قول العبد ، لأن هذا اختلاف فى الملك ، والظاهر مع العبد، لأنه فى يده . بخلاف التى قبلها ، لأنهما لم يختلفا فى الملك ، إنما اختلفا فى وقت العقد .

فصل : فإذا أدى أحد المكاتبين إلى السيد ، أو أبرأه ، فادعى كل واحد من المكاتبين أنه المؤدى ، أو المبرئ ، فالقول قول السيد فى التعيين ، لأنه لو أنكرهما، كان القول قوله . فإذا أنكر أحدهما ، قبل قوله ، وعليه اليمين له ، فإن نكل قضى عليه ، وعتقا جميعاً . فإن قال : لا أعلم أيكما المؤدى ، فعليه اليمين أنه لا يعلم ، فيقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه ، حلف وعتق ، ويبقى الآخر على الكتابة ، وكذلك إن مات السيد قبل التعيين ، قرع بينهما ، لأنهما تساويا فى احتمال الحرية، فأشبه ما لو أعتق أحدهما واشتبه .

فصل : إذا كاتب عبيداً كتابة واحدة ، فأدوا وعتقوا ، وقال من كثرت قيمته أدينا على قدر قيمنا ، وقال الآخر : بل أدينا على السواء ، فبقيت لنا على الأكثر بقية ، فمن جعل العوض بينهم على عدد رؤوسهم ، قال : القول قول من ادعى التسوية ، ومن جعل على كل واحد قدر حصته ، فعنه فيه وجهان: أحدهما– القول

قول من يدعى التسوية ، لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه . والثانى- القول قول الآخر ، لأن الظاهر أن الإنسان لا يؤدى إلا ما عليه .

فصل : وإذا كاتب رجلان عبداً بينهما ، فادعى أنه أدى إليهما ، فصدقه أحدهما ، وأنكر الآخر ، عتق نصيب المقر ، وحلف الآخر ، وبقيت حصته على الكتابة ، وله مطالبة المقر بنصف ما قبض ، لحصول حقه فى يده ، ومطالبة المكاتب بالباقى ، وله مطالبة المكاتب بالجميع ، لأنه لم يدفع إليه حقه ، ولا إلى وكيله ، فإذا قبض ، عتق المكاتب ، ومن أيهما أخذ ، لم يرجع به المقبوض منه على الآخر ، لأنه يقر ببراءة صاحبه ، ويدعى أن المنكر ظلمه ، فلا يرجع بما ظلمه به على غيره . فإن عجز المكاتب ، عجزه ورق نصفه ، ولم يسر عتق الآخر إليه، لأنه لا يعترف برقه ولا العبد أيضاً ، ولا يعترف المنكر بعتق شئ منه . وإن شهد المصدق له . فقال الخرقى : تقبل شهادته له فى العتق لأنه لا نفع له فيه ، ولا تقبل شهادته فيما يرجع إلى براءته من مشاركة صاحبه . وقياس المذهب أنه لا تقبل شهادته فى العتق أيضاً ، لأن من شهد بشهادة تجر إلى نفسه نفعاً ، بطلت شهادته فى الكل . وإن ادعى المكاتب ، دفع جميع المال إلى أحدهما ، ليأخذ نصيبه منه ، ويدفع باقيه إلى شريكه . وقال المدعى عليه : بل دفعت إلى كل واحد منا حقه ، فهى كالتى قبلها ، إلا أن المنكر يأخذ حصته بلا يمين ، لأنه لا يدعى واحد منهما دفع المال إليه . وإن قال المدعى عليه : قبضت المال ، ودفعت إلى شريكى حصته ، فأنكرشريكه، فعليه اليمين هاهنا ، لأنه يدعى التسليم إليه . فإذا حلف ، فله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه . فإن أخذ من المكاتب ، رجع على المقر ، لأنه قبض منه ، سواء صدقه المكاتب فى الدفع إلى شريكه ، أو كذبه ، لتفريطه فى ترك الإشهاد . فإن حصل للمنكر ماله من أحدهما ، عتق . وإن عجز المكاتب ، فللمنكر استرقاق نصفه ، والرجوع على المقر بنصف ما قبض ، لأنه استحق نصف كسبه ، ويقوم على المقر ، لأن رقه كان بسبب منه ، وهو التفريط .

فصل : وإذا خلف رجل ابنين وعبداً ، فادعى العبد أن سيده كاتبه ، فأنكراه ،

فالقول قولهما مع أيمانهما ، لأن الأصل عدم الكتابة ، ويحلفان على نفى العلم ، لأنها يمين على فعل الغير . وإن صدقه أحدهما ، أو نكل عن اليمين ، وحلف الآخر ، ثبتت الكتابة لنصفه . ومتى أدى إلى المقر ، عتق نصيبه ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه لم يباشر العتق ، ولم ينسب إليه ، إنما هو مقر بما فعل أبوه ، وولاء نصفه الذى عتق للمقر ، لأنه لا يدعيه غيره . وإن شهد المقر على المنكر ، فشهادته مقبولة إن كان عدلاً ، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع ضرراً .

بَابُ
حكم أمهات الأولاد

إذا أصاب الرجل أمته ، فولدت منه ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان ، صارت له أم ولد ، تعتق بموته من رأس المال ، لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : **«أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة عن دبر منه»**[1] رواه ابن ماجه . ولأنه إتلاف حصل بالاستمتاع ، فحسب من رأس المال ، كإتلاف ما يأكله . فأما إن علقت منه فى غير ملكه ، لم تعتق عليه ، سواء ملكها حاملاً أو بعد الوضع ، لأنها علقت بمملوك . فإذا كان الولد مملوكاً ، فأمه أولى . وعنه : إن ملكها حاملاً فولدت عنده، صارت له أم ولد ، لعموم الخبر . وقال القاضى : إن لم يطأها بعد ملكه لها ، لم تصر أم ولد، وكذلك إن وطئها بعد أن كمل للولد خمسة أشهر ، لأن الوطء لا يؤثر فى الولد ، وإن وطئها فى ابتداء حملها ، أو توسطه بعد ملكه لها ، صارت أم ولد ،

(١) **ضعيف.** رواه ابن ماجه [٢٥١٥]، وأحمد (٣٠٣/١)، والدارقطنى (١٣١/٤)، والحاكم (١٩/٢)، والبيهقى (٣٤٦/١٠) من طريق حسين بن عبد الله، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما به، وإسناده ضعيف، فيه حسين بن عبد الله وهو متروك، كما قال الذهبى فى «تلخيص المستدرك»، والحافظ فى «التلخيص» (٢١٧/٤)، والحديث ضعفه البيهقى، والبوصيرى فى «الزوائد [٨٩١]»، والحافظ فى «التلخيص».

لأن الماء يزيد في سمعه وبصره . وقد قال عمر : أبعدَما اختلطت دماؤكم ودماؤهنّ ، ولحومكم ولحومهنّ ، بعتموهن؟!(١) فعلل بالاختلاط وقد وجد . وإن ولدت منه في غير ملكه بنكاح ، أو زنا ، ثم ملكها ، لم تصر أم ولد ، لأن ولدها مملوك لسيد الأمة، ونقل ابن أبي موسى : أنها تصير أم ولد ، لما ذكرناه . والأول المذهب .

فصل : فإن أسقطت ولداً ميتاً ، فهو كالحي في ذلك ، لأنه ولد . وإن أسقطت جزءاً منه ، كيد ، ورجل ، فهي أم ولد ، لأنه من ولد . وإن ألقت نطفة أو علقة ، لم تصر أم ولد ، لأنه ليس بولد . وإن وضعت ما يتحقق فيه تخطيط ، من رأس ، أو يد ، أو رجل ، أو عين ، فهو ولد . وإن ألقت مضغة ، فشهدت ثقة من القوابل أنه تخطط ، أو تصور ، ثبت أنه ولد، وإن لم يتخطط ويتصور ، فشهدت أنه بدوّ خلق آدمي ، ففيه روايتان: إحداهما- لا تصير أم ولد ، لأنه ليس بولد ، أشبه النطفة. والأخرى- هي أم ولد ، لأنه بدوّ خلق بشر ، أشبه المتخطط .

فصل : ويملك الرجل استخدام أم ولده ، وإجارتها، ووطأها ، وتزويجها ، وحكمها حكم الإماء في صلاتها وغيرها ، لأنها باقية على ملكه ، إنما تعتق بعد الموت، بدليل حديث ابن عباس .

فصل : ولا يملك بيعها، ولا هبتها ، ولا التصرف في رقبتها ، لما روى سعيد بن منصور بإسناده عن عبيدة . قال: خطب عليّ الناس فقال : شاورني عمر في أمهات الأولاد ، فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن ، فقضى به عمر حياته ، وعثمان حياته، فلما وليت رأيت أن أرقهن، قال عبيدة : فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأي علي وحده(٢) . وروى عنه أنه قال : بعث إلي علي وإلى شريح أن اقضوا كما

---

(١) **إسناده حسن.** رواه عبد الرزاق [١٣٢٤٨]، وسعيد بن منصور [٢٠٤٩] من طريق عمر بن ذر، عن محمد بن عبد الله بن قارب عن أبيه به. ورجاله ثقات سوى محمد بن عبد الله فهو مقبول، كما في «التقريب».

(٢) **صحيح.** رواه عبد الرزاق [١٣٢٢٤]، وسعيد بن منصور [٢٠٤٨]، والبيهقي (١٠/٣٤٣) من طريق ابن سيرين، عن عبيدة السلماني به، وصححه الحافظ في «التلخيص» (٤/٢١٩).

كنتم تقضون ، فإنى أكره الاختلاف[١] . وروى صالح عن أحمد أنه قال : أكره بيعهن ، وقد باع على ابن أبى طالب، قال أبو الخطاب : فظاهر هذا أنه يصح البيع مع الكراهة ، والمذهب الأول .

فصل : وإن ولدت من غير سيدها ، فله حكمها ، يعتق بموت سيدها ، سواء عتقت أو ماتت قبله ، لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ، ولا يبطل الحكم فيه بموتها، لأنه استقر فى حياتها فلم يسقط بموتها ، كولد المدبرة .

فصل : وإن أسلمت أم ولد الذمى ، لم تعتق. ونقل عنه مهنا[٢] : أنها تعتق ، لأنه لا يجوز إقرار ملك كافر على مسلمة ، ولا سبيل إلى إزالته بغير العتق . وعنه: أنها تستسعى فى قيمتها ثم تعتق ، والمذهب الأول . قال أبو بكر : الذى تقتضيه أصول أبى عبد الله أنها لا تعتق ، لأنه سبب يقتضى العتق بعد الموت ، فلم يتجزء بالإسلام ، كالتدبير ، ولكن تزال يده عنها ، ويحال بينه وبينها ، لأن المسلمة لا تحل لكافر، وتسلم إلى امرأة ثقة ، ونفقتها فى كسبها ، وما فضل منه ، فهو لسيدها، وإن لم يف بنفقتها ، فعلى سيدها تمامها فى إحدى الراويتين ، وهو قول الخرقى ، لأنها مملوكته . والثانية– لا يلزمه ذلك ، لأنه منع الانتفاع بها . فإن أسلم ، حلت له ، وإن مات عتقت .

فصل : وإن جنت ، لزم سيدها فداؤها ، لأنه منع من بيعها بالإحبال ، ولم تبلغ حالاً تتعلق بذمتها ، فأشبه ما لو امتنع من تسليم عبده القن ، ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها ، أو أرش جنايتها ، لأنه لا يمكن بيعها . وعنه : يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت، حكاها أبو بكر ، لأنه ممنوع من تسليمها . فإن عادت فجنت ، فداها

---

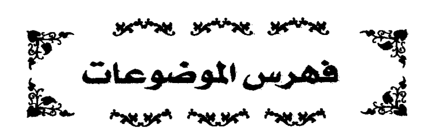
(١) رواه البخارى [٣٧٠٧] من طريق ابن سيرين عن عبيدة عن على رضي الله عنه قال: اقضوا كما كنتم تقضون، فإنى أكره الاختلاف، حتى يكون الناس جماعة، أو أموت كما مات أصحابى. لفظ المصنف رواه ابن المنذر (فتح البارى – ٧٣/٧).

(٢) هو مهنا بن يحيى الشامى السلمى، أبو عبد الله، حدّث عن الإمام أحمد، وكان أبو عبد الله يكرمه ويعرف له حق الصحبة، ورحل معه إلى عبد الرزاق، وصحبه إلى أن مات. (طبقات الحنابلة).

كما وصفت ، لأن الموجب لفدائها وجد في الثانية كوجوده في الأولى ، فوجب استواؤهما في الفداء ، لاستوائهما في مقتضيه .

فصل : وإن جنت أم ولد على سيدها فيما دون النفس ، فهو كجناية القن سواء وإن قتلته ، عتقت ، لأنه زال ملكه بموته ، ولا يمكن نقل الملك . فإن كانت جنايتها عمداً ، فللأولياء القصاص منها . وإن كانت غير موجبة له ، فسقط بالعفو ، فعليها قيمة نفسها ، لأنها جناية أم ولد ، فلم يجب أكثر من قيمتها ، كالجناية على الأجنبي . وإن ورث ولدها شيئاً من القصاص الواجب عليها ، سقط كله ، لأنه لا يتبعض ، وصار الأمر إلى القيمة .




فهرس الموضوعات

الموضـوع	الصفحة

كتاب البيـــع ٣
■ باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز ٤
■ باب بيع النجش والتلقي وبيع حاضر لباد وبيع العينة ١٩
■ باب تفريق الصفقة ٢٦
■ باب الثنيا ٢٨
■ باب الشروط في البيع ٣٠
■ باب الخيار في البيع ٣٥
■ باب الـربـا ٤١
فصل في بيع العرايا ٤٩
فصل في ربا النسيئة ٥١
■ باب بيع الأصول ٥٤
■ باب بيع الثمار ٥٨
■ باب بيع المصراة ٦٢
■ باب الرد بالعيب ٦٤
■ باب بيع المرابحة والمواضعة والتولية والإقالة ٧١
■ باب اختلاف المتبايعين ٧٦
كـتاب السلـم ٨٠
■ باب القرض ٨٩
■ باب الرهن ٩٥
■ باب ما يصح رهنه وما لا يصح ١٠٠

■ باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل ١٠٣
■ باب جناية الرهن والجناية عليه ١٠٨
■ باب الشروط في الرهن ١١٢
■ باب اختلاف المتراهنين ١١٦
كتـاب التفليس ١١٩
■ باب الحجر ١٣٤
كتـاب الصلـح ١٤٤
■ باب الصلح فيما ليس بمال ١٤٨
■ باب الحوالة ١٥٤
كتاب الضمان ١٦٠
■ باب الكفالة ١٦٥
كتاب الوكالة ١٦٨
■ باب الشركة ١٧٩
■ باب المضاربة ١٨٦
■ باب العبد المأذون ١٩٨
■ باب المساقاة ١٩٩
■ باب المزارعة ٢٠٤
كتاب الإجارة ٢٠٧
■ باب ما يجوز فسخ الإجارة وما يوجبه ٢١٧
■ باب ما يلزم المتكاريين وما لهما فعله ٢٢٠
■ باب تضمين الأجير واختلاف المتكاريين ٢٢٥
■ باب الجعالـة ٢٢٨
■ باب المسابقة ٢٣١
■ باب المناضلة ٢٣٥
■ باب اللقطـة ٢٤١
■ باب اللقيط ٢٥٠

■ باب الوديعة ٢٥٧
■ باب العارية ٢٦٣
■ باب الغصب ٢٦٨
كتاب الشفعة ٢٨٧
■ باب إحياء الموات ٣٠٠
فصل في الحمي ٣٠٨
■ باب أحكام المياه ٣٠٩
كتاب الوقف ٣١٢
■ باب الهبـة ٣٢٣
فصل في العمري ٣٢٩
كتاب الوصايا ٣٣١
■ باب من تصح وصيته والوصية له ومن لا تصح ٣٣١
■ باب ما تجوز الوصية به ٣٣٦
■ باب ما يعتبر من الثلث ٣٣٩
■ باب الموصي له ٣٤٣
■ باب الوصية بالأنصباء ٣٤٧
■ باب جامع الوصايا ٣٥٣
■ باب الرجوع في الوصية ٣٦٠
■ باب الأوصياء ٣٦٢
كتاب الفرائض ٣٦٧
فصل في المعادة ٣٧٢
■ باب من يسقط من ذوي الفروض ٣٧٦
■ باب أصول سهام الفرائض ٣٧٧
■ باب تصحيح المسائل ٣٨٠
■ باب الـرد ٣٨٠
■ باب ميراث العصبة من القرابة ٣٨٢

■ باب المناسخات ٣٨٣
■ باب ميراث الغرقي ومن عمي موتهم ٣٨٤
■ باب ميراث ذوي الأرحام ٣٨٥
■ باب ميراث الخنثي ٣٨٨
■ باب ميراث الحمل ٣٩٠
■ باب ما يمنع الميراث ٣٩١
■ باب ذكر الطلاق الذي لا يمنع الميراث ٣٩٤
■ باب الإقرار بمشارك في الميراث ٣٩٦
■ باب ميراث المفقود ٣٩٨
■ باب الولاء ٣٩٩
■ باب الميراث بالولاء ٤٠٠
فصل في جر الولاء ٤٠٢
كتاب العتق ٤٠٤
فصل في كيفية القرعة ٤١٠
■ باب تعليق العتق بالصفة ٤١٣
■ باب التدبير ٤١٥
■ باب الكتابة ٤١٩
■ باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ٤٢٢
■ باب الأداء والعجز ٤٢٨
■ باب الكتابة الفاسدة ٤٣١
■ باب جامع الكتابة ٤٣٢
■ باب اختلاف السيد ومكاتبه ٤٣٤
■ باب حكم أمهات الأولاد ٤٣٧
فهرس الموضوعات ٤٤١



طبعـــت بمطابـــع الحرمين
ت: 2979735 - 0101009352